

**Provokativ etterforskning –
Politiets bruk av handlings- og bevisprovokasjon**

Kandidatnummer: 310

Veileder: Ragnhild Helene Hennum

Leveringsfrist: 25.november 2006

Til sammen 17 830 ord

25.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Generelt	1
1.2	Terminologi	1
1.3	Den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>KORT OM HANDLINGS- OG BEVISPROVOKASJON</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>HENSYN</u>	<u>7</u>
3.1	Hensyn som taler for å tillate provokasjon	7
3.2	Hensyn som taler mot å tillate provokasjon	9
3.3	Oppsummering	13
<u>4</u>	<u>UTGANGSPUNKTER VED BRUK AV POLITIPROVOKASJON</u>	<u>14</u>
4.1	Krever politiprovokasjon hjemmel i lov?	14
4.2	Forholdsmessighetsprinsippet	16
4.3	Selvinkrimineringsprinsippet	17
<u>5</u>	<u>NÆRMERE OM HANDLINGSPROVOKASJON – KRITERIER, BEGRENSNINGER OG KONSEKVENSER</u>	<u>20</u>
5.1	Generelt	20
5.2	Vilkår for lovlig bruk av handlingsprovokasjon	20
5.2.1	Grunnvilkåret	20

5.2.2	Årsakskriteriet	23
5.2.3	Visse endringer i tid, sted og utførelse	27
5.2.4	Ytterligere begrensinger	30
5.2.5	Forholdet til EMK artikkel 6	33
5.3	Konsekvenser av handlingsprovokasjon	35
5.3.1	Konsekvenser av lovlig handlingsprovokasjon	35
5.3.2	Konsekvenser av ulovlig handlingsprovokasjon	35
<u>6</u>	<u>NÆRMERE OM BEVISPROVOKASJON – KRITERIER, BEGRENSNINGER OG KONSEKVENSER</u>	<u>39</u>
6.1	Generelt	39
6.2	Vilkår for lovlig bevisprovokasjon	39
6.3	Ulovlig og utilbørlig/illojal bevisprovokasjon	42
6.4	Konsekvenser av ulovlig eller utilbørlig/illojal bevisprovokasjon	46
6.4.1	Skal det fremprovoserte beviset avskjæres eller tillates ført?	46
6.4.2	Fortsatt krenkelse	47
6.4.3	Interesseavveining	49
6.4.4	Forholdet til EMK	51
6.5	Oppsummering	52
<u>7</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>54</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>

1 Innledning

1.1 Generelt

Tema for denne avhandlingen er provokative etterforskningsmetoder, nærmere bestemt handlings- og bevisprovokasjon. Sagt på en enkel måte innebærer provokasjon at politiet blander seg inn i et hendelsesforløp, hvorefter innblandingens enten leder til at en straffbar handling blir begått (handlingsprovokasjon) eller gir bevis for tidligere begått kriminalitet (bevisprovokasjon). Det er i tilknytning til denne innblandingens at oppgavens problemstillinger oppstår. For det første må det – som en nødvendig referanseramme – redegjøres mer presist for hva handlings- og bevisprovokasjon går ut på. Metodenes formål, likheter og forskjeller vil bli behandlet. Videre må det tas stilling til hvilke krav og vilkår som aktualiseres ved bruk av henholdsvis handlings- og bevisprovokasjon i etterforskningen. Det må nemlig skilles mellom *lovlig* og *ulovlig* provokasjon. I den forbindelse må det påpekes at bruken av politiprovokasjon foreløpig ikke er lovregulert i Norge, hvilket innebærer at grensen mellom lovlig og ulovlig provokasjon hovedsakelig må trekkes med bakgrunn i det øvrige rettskildet. I forlengelsen av sistnevnte grensdragning oppstår endelig spørsmålet om hvilke konsekvenser det kan få dersom politiet har benyttet en ulovlig provokasjonsmetode.

1.2 Terminologi

Hva som ligger i uttrykket ”provokasjon” er til dels uavklart i både rettspraksis og i juridisk teori. Høyesterett har i en del saker omtalt lovlig provokasjon som ”*etterforskning med provokasjonstilsnitt*”.¹ En slik betegnelse er i overensstemmelse med begrepsbruken i dansk rett, der det er vanlig å betegne ulovlig provokasjon simpelthen som ”*provokasjon*”, mens uttrykket ”*agent provocateur*” benyttes om den lovlige form for politiprovokasjon.² I de tilfeller hvor ordet ”*provokasjon*” brukes alene, vil dette typisk henseile på det ulovlige

¹ Se blant annet Rt. 1984 side 1076, Rt. 1992 side 1088, Rt. 1998 side 407 og Rt. 2000 side 1482. Utvalget benytter seg av samme begrepsbruk i NOU 1997: 15 side 83.

² Jf. Gammeltoft-Hansen, 1984.

aspektet ved etterforskningsmetoden,³ muligens fordi ”provokasjon” i seg selv er et negativt ladet ord.

I NOU 2004: 6 benyttes imidlertid ordet ”provokasjon” som samlebetegnelse på både lovlig og ulovlig bruk av provokasjon.⁴ En slik generell begrepsbruk vil også benyttes i denne fremstillingen, slik at når det i det følgende benyttes ord som ”provokasjon”, ”provokativ etterforskning” etc., innebærer det ingen tilkjennegivelse av metodens eventuelle lovlighet/ulovlighet. Poenget er at forskjellen mellom lovlig og ulovlig bruk av provokasjon må baseres på de materielle kriterier og begrensninger som finnes, fremfor de språklige definisjoner som gis.

1.3 Den videre fremstilling

Politiets etterforskning kan tenkes å innebære et vidt spekter av utradisjonelle metoder. Da jeg kun har til hensikt å behandle handlings- og bevisprovokasjon, vil jeg for det første avgrense oppgaven mot andre ulovfestede etterforskningsmetoder, slik som ”kontrollert leveranse” og ”infiltrasjon”.⁵ Videre må det avgrenses mot de lovfestede etterforskningsmetodene oppstilt i straffeprosessloven, så som kommunikasjonskontroll (§ 216 a) og annen avlytting (§ 216 l).⁶ I forbindelse med behandlingen av provokasjon, vil ikke regler som gjelder for personell kompetanse behandles, herunder hvem som har kompetanse til å beslutte provokasjonen iverksatt og hvem som kan identifiseres med politiet i forbindelse med provokasjonen.⁷ En grundig gjennomgang av dette vil kreve større plass enn hva rammene av denne fremstillingen tillater. I det følgende legges det således til grunn at bruken av provokasjon er besluttet av

³ NOU 2004: 6, *Mellom effektivitet og personvern*, side 83.

⁴ Ibid., side 83.

⁵ ”Kontrollert leveranse” er en passiv etterforskningsmetode, og innebærer at politiet – i stedet for å gripe inn umiddelbart – registrerer det kriminelle hendelsesforløp og samler bevis for en etterfølgende straffesak. Det er på ulovfestet grunnlag alminnelig antatt at politiet kan forholde seg passiv ovenfor straffbar virksomhet som de kjenner til. I Rt. 1986 side 779 ble denne metoden akseptert i forhold til kontrollert overlevering av narkotika. Vilårene for å anvende metoden er at politiet forholder seg passiv (i motsetning til ved handlings- og bevisprovokasjon), og at de overvåker/har kontroll med leveransen. ”Infiltrasjon” som politimetode kjennetegnes ved at politiet, uten å gi seg til kjenne, infiltrerer et kriminelt miljø for å hente ut informasjon. Bruk av infiltrasjon i etterforskningen er i likhet med provokasjon ikke lovregulert. Det regnes imidlertid som et vilkår for lovlig bruk av metoden at infiltratøren ikke foretar seg noe som påvirker det hendelsesforløp som er under oppsikt, hvilket skiller metoden fra handlings- og bevisprovokasjon. Se mer om dette hos Auglend, 2004, side 299 flg.

⁶ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22.mai 1981 nr. 25.

⁷ Se om personell kompetanse i Hopsnes, 2003, side 66 flg.

kompetent politimyndighet og utføres av politiet selv, med mindre noe annet er uttrykkelig nevnt.

Nedenfor, i kapittel 2, vil det innledningsvis kort redegjøres for hva som ligger i begrepene ”handlingsprovokasjon” og ”bevisprovokasjon”. I kapittel 3 vil hensynene som taler for og mot å tillate provokasjon som etterforskningsmetode gjennomgås. Deretter, i kapittel 4, følger en drøftelse av de grunnleggende prinsipper og det rettskildebildet som ligger til grunn ved politiprovokasjon. I kapittel 5 drøftes de nærmere kriterier for lovlig *handlings*provokasjon, samt konsekvenser av ulovlig *handlings*provokasjon. Og endelig, i kapittel 6, vil *bevis*provokasjon behandles, herunder de nærmere kriterier for – og mulige konsekvenser av – å benytte en slik etterforskningsmetode.

2 Kort om handlings- og bevisprovokasjon

Provokasjon betegnes som et *ekstraordinært* etterforskningsmiddel blant annet fordi politi og påtalemyndighet, i strid med ordinær fremgangsmåte, unnlater å stanse en (planlagt) straffbar virksomhet de kjenner til.⁸ Politi og påtalemyndighet søker i stedet å påvirke det videre hendelsesforløp for å få tilgang til ytterligere informasjon om virksomheten. Provokasjon innebærer således at politiet blander seg styrende inn i et kriminelt hendelsesforløp som leder til en straffbar handling eller til fremskaffelse av bevis for en tidligere begått straffbar handling.⁹ I denne forbindelse er det vanlig å skille mellom henholdsvis handlingsprovokasjon og bevisprovokasjon.

I utgangspunktet er skillet mellom de to typer provokasjon enkelt nok. *Bevisprovokasjon* innebærer at politiet fremprovoserer bevis for et straffbart forhold som allerede er begått. *Handlingsprovokasjon* innebærer derimot at politiet fremprovoserer en straffbar handling som foreløpig ikke er begått.

Bruken av handlingsprovokasjon som etterforskningsmetode er vanligst ved narkotika- og våpenkriminalitet, som er såkalt "offerløs kriminalitet".¹⁰ Politiet får for eksempel kjennskap til at gjerningsmannen er i besittelse av narkotika, og for å kunne pågripe ham på dette grunnlag fremprovoserer de et salg og arresterer ham i gjerningsøyeblikket. Politiet har da vært delaktig i hendelsesforløpet. Bevisprovokasjon kan for eksempel skje ved at en politimann utgir seg for å være en annen og får vedkommende gjerningsmann til å tilstå et narkotikasalg.

⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000. Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode. Oslo, 2000, side 4.

⁹ NOU 2004: 6 side 83.

¹⁰ "Offerløs kriminalitet" er en fellesbetegnelse på de forbrytelser hvor det ikke er en fornærmet. I disse tilfeller kan ikke politiet ta utgangspunkt i en anmeldelse av et straffbart forhold og de opplysninger fornærmede, pårørende eller vitner sitter inne med.

Et annet forhold som skiller bevisprovokasjon fra handlingsprovokasjon er at det ved bevisprovokasjon ikke tas ut tiltale for den handlingen som provokasjonen retter seg mot. Formålet med bevisprovokasjonen er som nevnt å skaffe bevis for allerede begått kriminalitet. En kan for eksempel tenke seg at politiet provoserer frem bevis for et tyveri, ved å utgi seg for å være heler. Beviset vil da ikke bli brukt til å tiltale vedkommende for den handling som utføres når tyven selger tyvegods til politiet. Bevisprovokasjonen tok nemlig sikte på å fremskaffe bevis for det tyveri som allerede var begått. Ved handlingsprovokasjon vil derimot en eventuell tiltale rette seg nettopp mot den straffbare handling som fremprovoseres.

Videre er det grunn til å merke seg at bevisprovokasjon er et typisk *etterforskningsmiddel*. Dette fordi formålet med bevisprovokasjon som nevnt er å fremskaffe bevis for en straffbar handling. I straffeprosessloven § 224 heter det at etterforskning kan iverksettes når det *”som følge av anmeldelse eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige”*. Bevisprovokasjon bærer således klart preg av etterforskende virksomhet. Hva gjelder handlingsprovokasjon, blir utgangspunktet et litt annet fordi handlingsprovokasjon anvendes før den kriminelle handling er foretatt. I NOU 2004: 6 legges det således til grunn at handlingsprovokasjon står i en slags mellomstilling mellom etterforskning og forebygging.¹¹

På denne bakgrunn er jeg i utgangspunktet enig med Hopsnes i at *”hensynene bak bruk av bevisprovokasjon er (...) så vidt forskjellige fra alminnelig provokasjon, at de to typene bør holdes fra hverandre”*.¹²

Det er imidlertid i praksis problemet reiser seg, idet de to metodene lett sklir over i hverandre og gir opphav til problemer ved vurderingen av den praktiske anvendelsen. Dette kan belyses ved dommen inntatt i Rt. 2003 side 1223 (Lokkeduesaken).¹³ I denne saken ønsket politiet å fremskaffe bevis for besittelse av narkotika (bevisprovokasjon). Det ble brukt en lokkedue for å gjennomføre et salg, slik at politiet kunne stå klar og pågripe vedkommende i

¹¹ NOU 2004: 6 side 198.

¹² Hopsnes, 2003, side 43.

¹³ I NOU 2004: 6 side 88, forsøker man å skille lokkeduetilfellene fra de ordinære provokasjonshandlinger. Se mer om dette nedenfor i 6.2.

gjerningsøyeblikket ved leveransen av narkotikaen. Ved å gå frem på denne måten ser en at politiet i realiteten benyttet seg av handlingsprovokasjon (fremprovoserte et salg), selv om formålet opprinnelig var å fremprovosere bevis for en allerede begått handling. Det må i forlengelsen av dette poengteres at selv om handlingsprovokasjon gjelder fremprovosering av et hendelsesforløp, er formålet – i likhet med bevisprovokasjon – at politiet skal få bevis for et straffbart forhold.

Endelig kan det nevnes at Andorsen har forsøkt å skille mellom ”bevisprovokasjon” og ”materielt provokative etterforskningsmetoder”.¹⁴ Materiell provokasjon innebærer ifølge Andorsen:

”[...]at politiet selv, enten direkte ved en polititjenestemann eller gjennom en engasjert medhjelper, aktivt oppsøker en gjerningsperson eller et kriminelt miljø i den hensikt å avsløre straffbare handlinger som er begått, eller hindre lovbrudd som politiet mistenker skal begås.”¹⁵

Det kan imidlertid hevdes at denne definisjonen av materiell provokasjon omfatter så vel handlings- som bevisprovokasjon. Andorsen taler her både om fremprovosering av bevis for handlinger *som er begått* (bevisprovokasjon), jf. andre leddsetning, og om handlinger *som man mistenker skal begås* (handlingsprovokasjon), jf. tredje leddsetning. Andorsens begrepsbruk vil således ikke bli anvendt i det følgende, idet det nettopp er *skillet* mellom handlings- og bevisprovokasjon som ligger til grunn for denne fremstillingen.

Nedenfor, i kapittel 5 og 6, vil det redegjøres nærmere for hvilke kriterier som oppstilles for å tillate de to ulike typer provokasjon. Poenget i denne sammenheng har først og fremst vært å foreta en innledende distinksjon, samt å vise at skillet ikke på noen måte er krystallklart.

¹⁴ Andorsen, 2001, side 6.

¹⁵ Ibid., side 6.

3 Hensyn

3.1 Hensyn som taler for å tillate provokasjon

Det kan anføres flere gode grunner for å tillate provokasjon. Hovedbegrunnelsen for provokasjon er hensynet til en effektiv bekjempelse av kriminalitet.¹⁶ Det er allment akseptert at kriminalitet fører med seg en rekke skadevirkninger, og staten har et ansvar for å beskytte personer, eiendom og offentlige interesser mot dette. Videre har staten ansvar for en effektiv etterforskning og straffeforfølgning av de forbrytelser som blir begått. Sett i dette perspektivet bør politi og påtalemyndighet gis mulighet for å ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder der ordinære metoder kommer til kort.

Det er også tydelig at det er et reelt behov for å ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder. Det har i de senere år skjedd en økning i den registrerte kriminaliteten. Dette kan blant annet indikere at de etterforskningsmetodene som er alminnelig tilgjengelig for politiet, ikke er tilstrekkelige. Videre er det ikke bare økningen i kriminalitetens omfang som er avgjørende for i hvilken grad de gjeldende metoder er tilstrekkelige, men også om kriminaliteten har endret karakter. Særlig tre momenter kan her trekkes frem.

For det første er det skjedd en økt mobilitet i befolkningen. De indre grenser innen Schengenområdet er fjernet, hvilket gjør det lettere å krysse landegrenser i dette området. For det andre har det funnet sted en internasjonalisering av kriminaliteten, idet mye kriminalitet i dag er grenseoverskridende. Dette gjelder for eksempel narkotikatrafikken. Verken i Norge eller våre naboland foregår det noen omfattende produksjon av narkotika, hvilket i praksis "nødvendiggjør" kontakt med kriminelle miljøer i andre land. Det faktum at Schengensamarbeidet gjør det enklere å krysse landegrensene uten særlig kontroll, gir økte muligheter

¹⁶ NOU 2004: 6 side 160 flg.

for kriminell virksomhet i Norge.¹⁷ For det tredje står den teknologiske utvikling sentralt. En kan for eksempel tenke seg en enklere kommunikasjonsmåte innad i det kriminelle miljøet ved bruk av internett m.v. Denne utviklingen medfører nye muligheter som kan og blir utnyttet av kriminelle. På den annen side gir den samme utviklingen nye muligheter for politiet, i den grad politiet har hjemmel til å benytte seg av slik teknologi.¹⁸

Økningen i kriminalitet og endringen i dens karakter er således momenter som trekker i retning av å tillate bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder. Isolert sett må det erkjennes at mer utradisjonelle etterforskningsmetoder som provokasjon, vil gi politiet bedre muligheter til å bekjempe kriminaliteten enn ved bruk av tradisjonelle etterforskningsmidler. Som fremhevet i Ot.prp. nr. 64 (1998-1999), vil slike metoder ofte representere et gode for samfunnet.¹⁹

Et prosessuelt vilkår for å utøve provokasjon som etterforskningsmetode er at provokasjonen utgjør et sekundært middel. Med dette menes at det er et krav om at tradisjonelle (prinsipale) etterforskningsmetoder ikke strekker til, før politiet kan benytte seg av utradisjonelle etterforskningsmetoder.²⁰ Og i de tilfeller provokasjon benyttes, er det nettopp fordi politiet ikke har andre muligheter for å skaffe seg opplysninger eller bevis, typisk ved de såkalte "offerløse" forbrytelsene.²¹ Her er det ikke noe offer eller pårørende som anmelder forholdet, og som er villig til å gi politiet det de besitter av informasjon for å få oppklart saken. Politiet må dermed ty til andre metoder for å bekjempe disse lovbruddene. Dette gjelder særlig ved narkotikakriminalitet.²² Høyesterett har uttalt at narkotikaovertredsenes samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelsene må prioriteres høyt.²³ Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) påpekte i saken *Teixeira de Castro* at økningen i den organiserte kriminalitet uten tvil krever nødvendige tiltak.²⁴ Det foreligger altså europeisk

¹⁷ NOU 1997: 15, *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*, kapittel 2.

¹⁸ Ibid., kapittel 2.

¹⁹ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt 7.1.

²⁰ Se nærmere punkt 5.2.4.

²¹ Hopsnes, 2003, side 23.

²² Riksadvokat L.J. Dorenfeldt uttalte i 1978 at "[d]et er uten videre klart at man i narkotikasaker står overfor en ganske annen situasjon etterforskningsmessig enn i vanlige kriminalitetssaker."

²³ Jf. Rt. 1984 side 1076, side 1080.

²⁴ *Teixeira de Castro mot Portugal*, RJD 1998 side 1451.

enighet om nødvendigheten av bekjempelsen av den økte kriminaliteten, herunder behovet for å ta i bruk utradisjonelle etterforskningsmetoder.

Endelig er det viktig for sakens opplysning at det straffbare forhold etterforskes på best mulig måte, slik at alle relevante opplysninger kommer frem i lyset. Det materielle sannhetsprinsipp står således sentralt, idet det er et hovedmål å komme frem til materielt riktige avgjørelser. For å kunne straffedømme, er det i alles interesse at det foreligger et best mulig bevismessig grunnlag for dette. Fremfor alt er det viktig å hindre uriktige domfellelser.²⁵ Dette taler for bruk av provokasjon i etterforskningen.

3.2 Hensyn som taler mot å tillate provokasjon

Sterke hensyn taler også mot å tillate provokasjon brukt i etterforskning av straffesaker. Det er særlig to mothensyn som gjør seg gjeldende. Ønsket om å bekjempe kriminalitet må veies mot hensynet til mistenktes personvern, og mot hensynet til mistenktes rettsikkerhet.

Hensynet til personvernet er et grunnleggende ulovfestet prinsipp i norsk rett. Det kan ikke sies å foreligge en klar definisjon av hva ”personvern” innebærer. Personvernet beskytter et knippe av ideelle, ikke-økonomiske interesser. En sentral side ved personvernet er at den enkelte borger har rett til privatliv, kommunikasjon og personlig integritet.²⁶ Hensynet til den personlige integritet tilsier blant annet at den enkelte skal ha kontroll over særlig personlige opplysninger om seg selv, og til å være i fred for andre.²⁷ I norsk rett har vi ingen alminnelig bestemmelse som beskytter personvernet. Det er imidlertid en del straffebud som fastslår straff for krenkelse av personvernet, for eksempel straffeloven §§ 246 og 247 om ærekrenkelser, § 390 om krenkelse av privatlivets fred og § 390a om fredsforstyrrelser. Videre kan nevnes § 145a om hemmelig opptak av samtale man ikke selv deltar i, og § 390b om

²⁵ Derfor skal enhver rimelig og fornuftig tvil komme mistenkte til gode, og påtalemyndigheten er forpliktet til å legge frem bevis som også går i tiltaltes favør. Videre er det rettens oppgave, av eget tiltak, å våke over sakens opplysning, jf. strprl. § 294.

²⁶ Disse rettighetene er uttrykkelig beskyttet i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 8.

²⁷ Se nærmere om hva som menes med personvern i NOU 1997: 19. *Et bedre personvern*, side 21-27.

fjernsynsovervåkning. Også ellers i lovgivningen finnes bestemmelser som skal sikre personvernet, for eksempel i personopplysningsloven.²⁸

Slike tanker om grunnleggende personvern må altså holdes opp mot den etterforskningsmessige vinning som politiprovokasjon kan medføre. Som fremhevet av utvalget i NOU 1997: 15 gjelder dette for så vidt ved all politietterforskning.²⁹ Også tradisjonell etterforskning vil i utgangspunktet kunne oppfattes som krenkende av den mistenkte og eventuelle andre involverte. Det er da på det rene at en etterforskning som tar i bruk provokative etterforskningsmidler, ofte vil føles som en ytterligere krenkelse. Videre ligger det i etterforskingens natur at den kan ramme uskyldige mennesker. Enkelte av de som mistenkes vil senere vise seg å være uskyldige, og etterforskningen kan ofte ramme andre enn den som er mistenkt, for eksempel de som ringer til den telefonavlyttede.³⁰ Muligheten for at etterforskningen rammer andre involverte og for at feil person etterforskes, taler for en begrensing i bruken av utradisjonelle etterforskningsmetoder. I hvert fall tilsier dette at bruken må kunne begrunnes i tvingende hensyn.

Allerede i den grunnleggende avgjørelsen om politiprovokasjon, inntatt i Rt. 1984 side 1076, uttalte Høyesterett at utradisjonelle etterforskningsmetoder bare kan anvendes "*ved alvorlige lovovertridelser*".³¹ Høyesterett sier med andre ord implisitt at for å kunne rettferdiggjøre slike inngrep i borgernes personvern som en provokasjon kan medføre, må forbrytelsen være av en slik karakter at hensynet til å bekjempe kriminalitet veier opp for hensynet til å beskytte personvernet.³² I Rt. 1993 side 473 ble dette poengtert ytterligere. Her uttalte Høyesterett at ved vurderingen av om "*etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke*

²⁸ Personopplysningsloven, Lov om behandling av personopplysninger av 14.april 2000 nr. 31.

²⁹ NOU 1997: 15 kapittel 2.

³⁰ Ibid., kapittel 2, punkt 2.1.

³¹ Det er, som sagt, spesielt ved etterforskning av narkotikakriminalitet at spørsmålet om bruk av provokasjon kommer på spissen. Det er også ved disse forbrytelsene metoden er hyppigst brukt, se eksempelvis Rt. 1984 side 1076 og Rt. 1992 side 1088. Høyesterett har imidlertid tillatt bruk av metoden under andre omstendigheter. I Rt. 1998 side 407 (Skriksaken) godtok Høyesterett at metoden også ble brukt i saker om alvorlig vinningskriminalitet.

³² I NOU 2004: 6 brukes betegnelsen "kriminalitetskravet" om dette vilkåret, jf. side 247. Hva som faller inn under "alvorlig straffbar handling" er definert i utvalgets forslag § 8-3.

*bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet ”.*³³

Ved vurderingen av politiprovokasjon som etterforskningsmiddel må det også ses hen til de krav hensynet til rettssikkerhet stiller. Rettssikkerhetshensynet har en side til legalitetsprinsippet ved at det tar sikte på å beskytte enkeltindividet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side. Hensynet til rettssikkerhet skal også ivareta borgernes rett til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.³⁴ Ett av grunnkravene til en god prosessordning er således at systemet ivaretar rettssikkerheten. Prosessordningen må være betryggende og rettferdig, jf. EMK artikkel 6 nr. 1.³⁵ Det er ikke tilstrekkelig at prosessordningen faktisk *er* betryggende og rettferdig, det må i tillegg være et krav at mistenkte og allmennheten ellers har *tiltro* til at den er det. Dette skjerper behovet for å ivareta rettssikkerheten ytterligere. I Rt. 2000 side 1482 uttalte Høyesterett at:

*”[g]rensene for politiets etterforskning er grunnleggende for folks rettssikkerhet, og når politiet går utenfor de vanlige former for etterforskning, må domstolene utøve streng kontroll.”*³⁶

Førstvoterendes uttalelse må forstås slik at ved bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder er politiet i faresonen for å gjøre inngrep i individets rettssikkerhet og personvern. Domstolene må derfor være på vakt, og slå ned på tilfeller hvor målet (det vil si hensynene for å ta i bruk provokasjon) ikke heller middelet. Det bør imidlertid påpekes at Høyesteretts uttalelse har et visst preg av ”etterpåklokskap”. Jeg er enig i at domstolene må utøve streng kontroll og slå ned på de tilfeller hvor personvern og rettssikkerhet ikke ivaretas. Slik form for kontroll bør imidlertid i all hovedsak foretas forut for selve etterforskningshandlingen, slik at et eventuelt inngrep i for eksempel personvernet forhindres.

³³ Rt. 1993 side 473. Saken gjaldt bekjempelse av ”piratdrosje” - virksomhet. Høyesterett fant ingen tvil om at dette var ulovlig provokasjon. I tillegg ble det uttalt at alvorlighetsgraden av forbrytelsen var minimal og kunne ikke sies å rettferdiggjøre slike inngrep fra politiets side. Se mer om dette i punkt 5.2.1.

³⁴ Se nærmere Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) punkt. 7.3.

³⁵ EMK er gjort til norsk lov gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av (menneskerettsloven) 21.mai 1999 nr. 30 § 2.

³⁶ Rt. 2000, side 1482, side 1485.

Det er enkelte motforestillinger mot å anvende provokasjon som utelukkende knytter seg til handlingsprovokasjon. Det som skiller handlingsprovokasjon fra bevisprovokasjon og andre etterforskningsmetoder er som før nevnt at handlingsprovokasjonen kommer før den straffbare handlingen i tid. Provokasjon kan derfor påvirke gjerningsmannen til å begå den straffbare handlingen. Et moment som har vært trukket frem er derfor at gjerningsmannen på grunn av provokasjonen ikke nødvendigvis har utvist straffeskyld. Det er mindre å klandre en person som har blitt provosert til å utføre en straffbar handling, enn en som på eget initiativ begår handlingen.

Andenæs har uttalt at *"[n]år det gjelder handlinger som ikke betraktes som særlig vanærende, og risikoen for oppdagelse og straff fremstiller seg som fjern, viser erfaring at lovovertrедelser kan være vanlig hos fullt normale og sosialt veltilpassede mennesker"*.³⁷

Med andre ord er en stor del av befolkningen tilbøyelig til å begå straffbare handlinger dersom forbrytelsens karakter er under en viss alvorlighetsgrad. Det kan derfor med styrke fremheves at handlingsprovokasjon kun bør foretas ved mistanke om alvorlige lovovertrедelser. Politiet har en forpliktelse til å forebygge kriminalitet, ikke til å medvirke til at straffbare handlinger blir begått. I forlengelsen av dette kan nevnes at handlingsprovokasjon innebærer en viss kriminaliseringsfare, avhengig av hvorvidt politiet kjenner til identiteten til den provokasjonen retter seg mot eller ikke.³⁸ Kriminaliseringsfaren er klart større der politiet bare har kunnskap om en kriminell virksomhet, enn der man også kjenner identiteten til gjerningspersonen(e). I førstnevnte tilfelle vil handlingsprovokasjonen kunne være av en slik karakter at hvem som helst kan *"falle for fristelsen"*, jf. for eksempel Rt. 1993 side 473 (piratdrosjedommen). Like fullt, en må ikke glemme det grunnleggende utgangspunkt om at enhver er forpliktet til ikke å begå straffbare handlinger, uavhengig av handlingens alvorlighetsgrad og uavhengig av om vedkommende blir lokket eller provosert i en gitt situasjon.

³⁷ Andenæs, 1997, side 39.

³⁸ Hopsnes, 2003, side 60-63.

3.3 Oppsummering

Om provokasjon som politimetode lar seg forsvare, avhenger etter dette av en interesseavveining mellom samfunnets behov for å bekjempe kriminalitet på den ene siden, og hensynene til personvern og rettssikkerhet på den andre. I den konkrete sak vil det selvsagt også ha betydning hvor alvorlig kriminalitet det er tale om, og hvor effektiv og inngripende den provokasjon det er tale om må anses å være. Ønsket om å bekjempe kriminalitet kan lett overskygge behovet for å beskytte enkeltindividet.

Like fullt, hensynet til en fullstendig saksopplysning er i utgangspunktet i tråd med hensynet til å bekjempe kriminalitet. Det er en sikkerhet for tiltalte og allmennheten generelt at man søker saken best mulig opplyst, for slik å kunne treffe en mest mulig riktig materiell avgjørelse. Hensynet til å unngå uriktige domfellelser trekker således i retning av å tillate provokasjon i forbindelse med etterforskning av straffesaker. I kapittel 5 og 6 nedenfor vil de nærmere kriterier og begrensinger som er oppstilt for bruk av slik politiprovokasjon behandles.

4 Utgangspunkter ved bruk av politiprovokasjon

4.1 Krever politiprovokasjon hjemmel i lov?

Ingen straff uten lov, eller som man sa i rommeretten: *nulla poena sine lege*, er et hevdvunnet og viktig prinsipp i strafferettspleien. Grunnlovens § 96 fastsetter således at ingen kan dømmes uten etter lov.³⁹ Det ulovfestede legalitetsprinsippet favner imidlertid videre enn bare selve straffebegrepet. Legalitetsprinsippet innebærer at visse tiltak *på grunn av sitt innhold* krever hjemmel i lov. Det tradisjonelle utgangspunkt for vurderingen er at inngrep i borgernes rettsfære krever hjemmel i lov.⁴⁰ Eckhoff/Smith mener riktig nok at denne tradisjonelle tilnærmingen setter for snevre rammer om legalitetsprinsippet.⁴¹ De påpeker at ikke alle inngrep i individets rettsfære krever hjemmel i formell lov, idet andre hjemmelsgrunnlag kan være tilstrekkelig. Legalitetsprinsippet formuleres av Eckhoff/Smith som et spørsmål om det foreligger kompetansegrunnlag, fremfor et spørsmål om inngrepet krever hjemmel i lov.⁴² Ut fra en slik tilnærming må det først spørres om privat autonomi, nødrett, samtykke eller sedvane gir kompetanse for politiet til å utføre den ønskede handlingen.

Etter mitt syn er imidlertid sistnevnte utforming av legalitetsprinsippet mest passende for alminnelig forvaltningsrett, der de fleste tiltak vil være av mindre inngripende karakter enn hva tilfellet er innenfor strafferetten. Som fremholdt av Andenæs er det eksempelvis klart at frihetsberøvelse utgjør et vesentlig inngrep i individets private sfære, og derfor opplagt ikke kan ilegges på grunnlag av sedvanerett eller annet kompetansegrunnlag. Grunnlovens § 96 må tolkes strengt på dette punkt.⁴³ Spørsmålet er etter dette i hvilken grad politiprovokasjon har

³⁹ Med "dømmes" mener Grunnloven straffedømmes og slår med dette fast legalitetsprinsippet i offentligretten. Se mer om dette i Andenæs, 2000, side 174 flg.

⁴⁰ Se, inter alia, Andenæs, 2004, side 104-106.

⁴¹ Se Eckhoff/Smith, 2001, side 238.

⁴² Dette er en tankegang om "utenfra og inn" - prinsippet. Det vil si at dersom det ikke foreligger et kompetansegrunnlag må det foreligge hjemmel i lov for å gjennomføre tiltaket lovlig, se nærmere Eckhoff/Smith, 2001, Del 3 kapittel II.

⁴³ Andenæs, 2001, side 238.

en slik inngripende karakter at det er behov for hjemmel i lov. I motsatt fall må en kunne si at bruk av provokasjon i etterforskningen er hjemlet i politiets alminnelige handlefrihet.⁴⁴

Hvis politiet for eksempel vil ransake en leilighet, åpne en mistenkts post eller avlytte hans telefon, må det klart foreligge en lovhjemmel for dette. Dette følger av inngrepets art. Dersom politiet nøyer seg med å samle på avisutklipp hvor en person er omtalt, eller holde ham diskret under oppsikt, kreves det imidlertid ikke lovhjemmel. Dette er noe enhver har rett til i kraft av den alminnelige handlefrihet.⁴⁵ Som uttalt i NOU 2004: 6 side 45 har alle rett til å oppholde seg i det offentlige rom – den alminnelige handlefrihet er i prinsippet ikke til hinder for at man observerer andre personer ”ved å spane på dem, og også infiltrere et miljø.”⁴⁶ Spørsmålet blir videre hvor langt politiet kan gå. Selv om sivile personer kan gjøre inngrep i den vanlige borgers integritet i kraft av sin alminnelige handlefrihet, er det ikke selvsagt at politiet – i kraft av å utøve offentlig myndighet – kan gjøre det samme.⁴⁷ Det er dette som utgjør legalitetsprinsippets grunnleggende element; den enkelte borger skal beskyttes mot inngrep fra staten.

Er så *politiprovokasjon* et inngrep av en slik art at det i henhold til legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel? Etter mitt skjønn må svaret bli nei. For det første dreier det seg ikke om et så inngripende tiltak som frihetsberøvelse. Videre er det grunn til å poengtere at politiprovokasjon kan ta mange ulike former, og det er derfor vanskelig å undergi alle provokasjonshandlinger en felles vurdering. I den grunnleggende dommen om politiprovokasjon, inntatt i Rt. 1984 side 1076, uttalte således Høyesterett – i overensstemmelse med signaler fra lovgiver – at politiprovokasjon som etterforskningsmetode ikke på generelt grunnlag kan sies å utgjøre et slikt inngrep i borgernes rettsfære at det kreves hjemmel i lov. Det bør ikke være opp til en rigid lovhjemmel å klargjøre rettsstillingen ved å enten tillate eller forby politiprovokasjon. I stedet mente så vel lovgiver som Høyesterett at grensen burde trekkes av domstolene i det enkelte tilfelle.⁴⁸

⁴⁴ NOU 2004: 6 side 17.

⁴⁵ Ibid., side 17.

⁴⁶ Ibid., side 45.

⁴⁷ Ibid., side 45.

⁴⁸ Rt. 1984 side 1076, side 1079, jf. Ot.prp. nr. 35 (1978-79) side 179.

Dette innebærer imidlertid ikke at det ikke gjelder vilkår for og begrensninger i adgangen politiet har til å gjøre bruk av slike utradisjonelle etterforskningsmetoder. I samme dom uttalte Høyesterett at skrankene for bruk av politiprovokasjon, i mangel av lovregulering, må bero på ”*slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie*”.⁴⁹ Det ble videre fremhevet at det er opp til påtalemyndigheten å rette seg etter disse prinsippene i sin etterforskningsvirksomhet, og i siste omgang opp til domstolene å avgjøre hvorvidt prinsippene er overtrådt. Særlig viktig i denne forbindelse er forholdsmessighetsprinsippet og selvinkrimineringsprinsippet.

4.2 Forholdsmessighetsprinsippet

Strprl. § 224 første ledd krever ”*rimelig grunn til å undersøke*” om det foreligger et straffbart forhold for at etterforskning skal kunne settes i gang. Av dette kan det utledes et krav til forholdsmessighet ved bruk av etterforskningsmetoder. Kravet til sannsynlighet for kriminalitet er nemlig ikke kvalifisert, og vil variere i forhold til forbrytelsens alvorlighetsgrad og behovet for å foreta nærmere undersøkelser.⁵⁰ Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at politiets interesse i å bekjempe den faren som lovbruddet representerer, må være klart sterkere enn den skade eller ulempe inngrepet utgjør for den som utsettes for handlingen.⁵¹ Er forbrytelsens alvorlighetsgrad sterk nok kan bruken av utradisjonelle etterforskningsmetoder rettferdiggjøres i større grad enn om behovet for å bekjempe den aktuelle type kriminalitet ikke har høy prioritet.⁵²

En vurdering av forbrytelsens alvorlighetsgrad er imidlertid ikke uproblematisk. Vurderingen knyttes ofte opp mot straffebudets strafferamme. Jo høyere strafferammen er, jo mer alvorlig er forbrytelsen. Dette vil likevel ikke være riktig i alle tilfelle. Enkelte straffebestemmelser har

⁴⁹ Rt. 1984 side 1076, på side 1079.

⁵⁰ NOU 2004: 6, side 48.

⁵¹ I den forholdsmessighetsvurdering som politiloven § 6 gir anvisning på inngår også det prinsipp at politiet ikke skal anvende midler som ikke er nødvendige for formålet, eventuelt at mindre inngripende midler skal være vurdert før mer inngripende tas i bruk som nødvendige (hvilket er i tråd med kravet til at provokasjon er et sekundært etterforskningsmiddel). Se mer om dette i NOU 2003: 21 *Kriminalitetsbekjempelse og personvern. Politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger*.

⁵² Se for eksempel Rt. 1993 side 473. Det grunnleggende prinsipp om mål og middel (forholdsmessighetsprinsippet) kommer i tillegg til ”kriminalitetskravet”. Se nærmere NOU 2004: 6 side 50.

et meget vidt anvendelsesområde, og strafferammen kan variere betydelig. En måte å løse dette på er å sette opp en liste over de straffebudene som er av en slik alvorlighet at det kan rettferdiggjøres å benytte utradisjonelle etterforskningsmetoder.⁵³ Det vil bli mer oversiktlig, men listen vil vanskelig kunne sies å fange opp alle tilfeller hvor det er behov for metoden. Uansett vil forholdsmessighetsprinsippet alltid ligge som et begrensende bakteppe ved vurderingen av om politiprovokasjon skal benyttes i etterforskningen.

I Rt. 1993 side 473 uttalte Høyesterett at ved vurderingen av om det foreligger slik kriminalitet at provokasjon kan aksepteres, bør man ikke bare se på strafferammen men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet. Høyesterett la således et strengt forholdsmessighetskrav til grunn.⁵⁴

4.3 Selvinkrimineringsprinsippet

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus, og ikke skal bli tvunget til å bidra til egen domfellelse. Strprl. § 232 første ledd bestemmer at den som er mistenkt for en handling, før han blir avhørt, skal bli gjort kjent med hva saken gjelder og at han har rett til å nekte å forklare seg.⁵⁵ På samme måte følger det av strprl. § 90 at heller ikke siktede har noen plikt til å forklare seg for retten. Videre er det et krav at retten gjør siktede oppmerksom på dette, jf. strprl. § 294.

Selvinkrimineringsprinsippet er også kommet spesifikt til uttrykk i FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile- og politiske rettigheter (SP), og er innebygget i EMK artikkel 6 nr. 1 om kravet til en rettferdig rettergang.⁵⁶ I SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g heter det at enhver som er siktet for en straffbar handling har rett til *”å [ikke] bli tvunget til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig”*. En skal med andre ord ikke tvinges til å bidra til egen domfellelse. EMK artikkel 6 hjemler ikke uttrykkelig en slik rett til å forholde seg taus, men EMD har lagt

⁵³ NOU 2004: 6 side 50.

⁵⁴ Hopsnes, 2003, side 63. Dette er den eneste avgjørelsen fra Høyesterett hvor domstolen har konkludert med at provokasjon var i strid med forholdsmessighetsprinsippet, jf. Hopsnes, 2003, side 76.

⁵⁵ I Rt. 2003 side 1814 uttalte Høyesterett at siktede ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse.

⁵⁶ FN-konvensjonen om sivile- og politiske rettigheter gjelder også som norsk lov, jf. lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 nr. 3.

til grunn at prinsippet skal innfortolkes i retten til rettferdig rettergang.⁵⁷ Både SP og EMK utgjør en del av norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2 og strprl. § 4. SP artikkel 14 nr. 3 gir imidlertid ikke noe vern for vitner, eller andre tredjepersoner, jf. uttrykket ”*siktelse [...] mot ham for en straffbar handling*”. Videre gis det ikke noe vern mot siktede i en annen sak, bare i ens egen.⁵⁸ EMK artikkel 6 vil derimot i visse tilfeller også gi beskyttelse for vitner.⁵⁹ Norsk rett er bundet av den av konvensjonene som gir det mest omfattende vernet, jf. EMK artikkel 53 og SP artikkel 5 nr. 2.⁶⁰ Når vernet mot ufrivillig selvinkriminering skal vurderes opp mot bruken av politiprovokasjon, er det altså EMK artikkel 6 som er av interesse, idet den gir et videre vern mot selvinkriminering enn SP artikkel 14. nr. 3 bokstav g. Se mer om forholdet til EMK artikkel 6 nedenfor i kapittel 5.

Ved å provosere mistenkte til å bidra med bevis for sin egen straffbare handling, vil man kunne risikere å komme i strid med selvinkrimineringsprinsippet. Hvis politiet, med det formål å skaffe bevis for et straffbart forhold, benytter seg av en villfarelse hos mistenkte og innhenter opplysninger, kan dette – alt avhengig av omstendighetene – stride mot selvinkrimineringsvernet. På denne bakgrunn utgjør prinsippet et helt sentralt rettsprinsipp, som påtalemyndigheten må rette seg etter i sin etterforskningsvirksomhet, jf. Rt. 1984 side 1076.⁶¹

I kapittel 5 og 6 nedenfor vil de konkrete vilkår og begrensninger som er oppstilt for politiets bruk av henholdsvis handlings- og bevisprovokasjon behandles nærmere. Disse kriteriene vil i stor grad være et utslag av de rettsprinsipper som nå er gjennomgått. I denne forbindelse må også nevnes det materielle sannhetsprinsipp, som taler for at saken skal opplyses på best mulig måte. Prinsippet står således i kontrast til selvinkriminerings- og forholdsmessighetsprinsippet,

⁵⁷ Se EMD av 25.februar 1993 *Funke mot Frankrike*. Det ble ansett å være i strid med kravet til rettferdig rettergang at franske myndigheter truet siktede med løpende bøter for å få opplysninger som kunne føre til straff for et straffbart forhold. Se også EMD av 17.desember 1996 *Saunders mot Storbritannia*. Det ble her ansett å være i strid med retten til rettferdig rettergang at en mann ble dømt for et straffbart forhold på grunnlag av opplysninger han tidligere hadde vært forpliktet til å gi i anledning en forvaltningsmessig undersøkelse.

⁵⁸ Jf. ”*ved behandlingen av en siktelse mot ham*”.

⁵⁹ Vitner kan påberope seg rettigheten dersom de risikerer straff for å forklare seg, jf. *K mot Østerrike* A 225-B. 1993. Her nektet vitnet å gi forklaring fordi han selv var under etterforskning for kjøp av narkotika fra de tiltalte.

⁶⁰ Se mer om dette i Jebens, 2004, side 407.

⁶¹ Rt. 1984 side 1076, side 1079.

og vil ligge som et bakteppe for den følgende behandlingen av handlings- og bevisprovokasjon.

5 Nærmere om handlingsprovokasjon – kriterier, begrensninger og konsekvenser

5.1 Generelt

Handlingsprovokasjon innebærer altså at politiet, eller en person som opptrer på politiets vegne, blander seg inn i et hendelsesforløp og provoserer frem en straffbar handling som foreløpig ikke er begått. For at man i det hele tatt skal kunne tale om slik provokasjon, må det nødvendigvis foreligge en eller annen form for påvirkning. Det er dette som skiller metoden fra tilgrensende, mer passive etterforskningsmetoder, som kontrollert leveranse og infiltrasjon. På den annen side har Høyesterett satt en øvre grense for innblanding, ved å sette forbud mot at politiets valg av virkemidler fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått overhodet, jf. nedenfor i punkt 5.2.1. Mellom disse to ytterpunkter – på den ene side en viss (lovlig) påvirkning av hendelsesforløpet og på den annen side en (ulovlig) fremkalling av kriminalitet som ellers ikke ville blitt begått – har Høyesterett trukket opp de nærmere grensene for hvor langt politiet kan gå i sin etterforskning.⁶²

5.2 Vilkår for lovlig bruk av handlingsprovokasjon

5.2.1 Grunnvilkåret

Hvorvidt politiets handlingsprovokasjon er lovlig eller ulovlig, beror i all hovedsak på en vurdering av graden av delaktighet fra politiets side. Dersom politiet er *for* delaktig i hendelsesforløpet, vil provokasjonen medføre at politiet selv oppfyller skyldkravet i straffebestemmelsen. I så fall er provokasjonen klart ulovlig. I Rt. 1984 side 1076 uttalte Høyesterett at ”[d]et synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart

⁶² Se blant annet Rt. 1984 side 1076, Rt. 1992 side 1088, Rt. 1993 side 473, Rt. 1994 side 319, Rt. 1998 side 407, Rt. 2000 side 1482, Rt. 2000 side 1223 og Rt. 2006 side 120.

– at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. [...]".⁶³

Dette er essensen i grunnvilkåret for handlingsprovokativ etterforskning. Dersom politiet fremprovoserer en handling som ellers ikke ville blitt begått, er provokasjonen ulovlig. Vilkåret er strengt, hvilket er en naturlig konsekvens av at skyldkravet i straffebudet ikke oppfylles av gjerningsmannen dersom politiet er tilstrekkelig involvert. I samme dom poengterte Høyesterett at grunnvilkåret i utgangspunktet medfører at handlingsprovokasjon kun er *"berettiget når politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av [politiets] rolle i hendelsesforløpet"*.⁶⁴

For det første reiser dette et spørsmålet om hvem som har tatt initiativ til lovbruddet. I Rt. 1984 side 1076 uttalt Høyesterett at *"[det] må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen"*.⁶⁵ Poenget er at initiativet til den straffbare handlingen må tas av siktede. Dersom politiet direkte eller indirekte selv tar initiativet til handlingen, trekker dette i retning av å anse handlingsprovokasjonen som ulovlig. Det går en grense for når gjerningsmannen kan sies å være ansvarlig for den forbryterske handling. Dersom politiet leder vedkommende inn på en straffbar handling han selv ikke har tenkt på, er denne grensen klart overskredet.⁶⁶ I disse tilfellene taler mye for at handlingen ikke ville blitt begått dersom politiets aksjon tenkes borte.

Til illustrasjon kan nevnes Rt. 1993 side 473. I denne saken stilte politiet seg opp langs en vei hvor det var mistanke om piratdrosjevirkksomhet. Politiet stoppet en bil, satte seg inn og spurte sjåføren hvor mye han skulle ha for turen. Høyesterett fremhevet at det var politiet som tok initiativet til den straffbare handlingen. Dette eksemplet befinner seg i kjerneområdet av hva grunnvilkåret for handlingsprovokasjon er ment å forhindre.⁶⁷ Initiativ-kriteriet er praktisk

⁶³ Rt. 1984 side 1076, side 1080.

⁶⁴ Ibid., side 1080.

⁶⁵ Ibid., side 1080.

⁶⁶ Se nærmere rundskriv nr. 2/2000 side 3 flg.

⁶⁷ I Riksadvokatens rundskriv regnes dette som en av de grunnleggende elementene i grunnvilkåret. Det heter: *"Skal det være tillatt for politiet og påtalemyndigheten å påvirke gjennomføringen av en straffbar handling, må initiativet til handlingen tas av siktede"*. Se nærmere Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 side 4.

viktig for å forhindre at politiets opptreden blir hovedårsaken til at et lovbrudd begås. Dermed fremtrer vektleggingen av initiativet til handlingen som en rettssikkerhetsgaranti i forhold til politiets metodebruk, og vil således kunne dempe noen av de betenkeligheter som knytter seg til bruk av provokasjon. Initiativ-kriteriet synes motivert av at man ikke ønsker et samfunn hvor politiet oppfordrer til lovbrudd. Politiets oppgave er å bekjempe kriminalitet, ikke å skape ny kriminalitet.

For det andre innebærer grunnvilkåret at politiet bare kan tre inn hvor det allerede eksisterer et marked for den aktuelle type straffbar virksomhet.⁶⁸ Selv om gjerningsmannen selv tar initiativet til handlingen kan politiet altså ikke skape et fiktivt marked for å påskynde et eventuelt salg. Dette kan eksempelvis dreie seg om omsetning av tyvegods, salg av narkotika eller omsetning av barnepornografi. I Rt. 1998 side 407 (Skriksaken) kom dette på spissen. Politiet hadde her utgitt seg for å være representanter for en kunstinstitusjon som var villige til å løse ut et stjålet maleri til fordel for nasjonalgalleriet. Høyesterett gav i denne avgjørelsen klart uttrykk for at dersom en tenkte seg politiets aksjon borte var det *”helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løssum i tilfelle kunne vært gjennomført.”* Høyesterett la vekt på at det ikke var andre aktuelle kjøpere inne i bildet og at det var politiet som hadde lagt til rette for at det forelå et marked for det aktuelle heleriet. Det dreide seg her om et verdenskjent maleri, som ville være vanskelig å omsette selv på det illegale markedet. Blant annet på denne bakgrunn ble gjerningsmannen frifunnet, idet etterforskningen var beheftet med så mange svakheter og betenkeligheter at den ikke kunne danne grunnlag for domfellelse.⁶⁹

Et siste spørsmål i forbindelse med grunnvilkåret, er hvorvidt grunnvilkåret innebærer at politiets innblanding bare kan være skje ved psykisk tilskyndelse eller om innblandingens også kan være av fysisk art.⁷⁰ Det trekkes i teorien opp en grense mellom den fysiske og psykiske påvirkning.⁷¹ Hopsnes sier til dette: *”Det er bare hvor (...) politiet har foretatt en eller annen*

⁶⁸ Rundskriv nr. 2/2000 side 3.

⁶⁹ Se mer om dette nedenfor i punkt 5.2.4.

⁷⁰ Hopsnes, 2003, side 39.

⁷¹ Ibid., side 39-41.

psykisk påvirkning, vi står overfor provokasjon".⁷² Etter mitt skjønn vil det i imidlertid like gjerne kunne bli tale om handlingsprovokasjon ved fysisk som ved psykisk påvirkning fra politiets side, idet grensen er uklar og de to typer påvirkning fort vil gli over i hverandre. I strafferettens medvirkningslære er det ingen tvil om at psykisk medvirkning har samme effekt som fysisk.⁷³ Dersom politiet utelukkende fysisk legger til rette for en straffbar handling, vil riktig nok ikke det i seg selv gi noen kriminaliseringsfare. Men også en ren fysisk bistand vil kunne påvirke gjerningsmannens vilje, fordi den fysiske bistanden gjerne også vil ha virket psykisk motiverende.⁷⁴ Og innebærer politiets innblanding at politiet påvirker gjerningsmannen psykisk, er vi altså klart innenfor provokasjonstilfellet.

5.2.2 Årsakskriteriet

Ettersom handlingsprovokasjonen kun er berettiget dersom det kan legges til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av politiets rolle i hendelsesforløpet, oppstår spørsmålet om hva som skal til av årsakssammenheng mellom den straffbare handling og politiets påvirkning før provokasjonen må anses ulovlig. Andorsen uttaler at *"hvorvidt et lovbrudd er fremkalt av politiet [og dermed er ulovlig, min anm.], er et spørsmål om årsakssammenheng mellom etterforskningsinngrepet på den ene siden og forbrytelsen på den annen side."*⁷⁵

En naturlig forståelse av årsakssammenheng, er at det må være en rettslig og faktisk tilknytning mellom to fenomener, der den ene ikke ville ha oppstått dersom den andre ble fjernet. Det latinske uttrykket *conditio sine qua non* (betingelse uten hvilket ikke) innebærer at dersom man tenker seg årsaksfaktoren borte, så uteblir også følgen. Oppfylles dette kravet, foreligger det en årsak mellom politiets innblanding og den straffbare handlingen, og det er en ulovlig provokasjon fra politiets side. Denne såkalte "betingelsesteorien" går ut på at enhver nødvendig betingelse er å betrakte som en årsak. Dersom en legger til grunn en ren

⁷² Hopsnes, 2003, side 39. Der det er ren fysisk påvirkning er det tale om kontrollert leveranse eller et lokkeduetilfelle, jf. Hopsnes.

⁷³ Det er ikke nok, at en person i ord eller handling gir uttrykk for å ikke ha noe imot at en handling blir foretatt, jf. Rt. 2005 side 934.

⁷⁴ Høyesterett har ved flere anledninger har drøftet hvorvidt det har vært psykisk påvirkning, se blant annet Rt. 1984 side 1076, Rt. 1990 side 531 og Rt. 2000 side 1223.

⁷⁵ Andorsen, 2001, side 7.

betingelseslære i forbindelse med handlingsprovokasjon, vil det rettslig relevante spørsmål være hvorvidt politiets handlinger var en nødvendig betingelse for at den straffbare handlingen ble utført. Hvis så er tilfellet, har politiet fremprovosert handlingen ulovlig. I Skriksaken i Rt. 1998 side 407 la Høyesterett nettopp en slik streng betingelseslære til grunn. Høyesterett uttalte følgende om årsakssammenhengen:

”Om politiets aksjon tenkes borte, synes det uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført. Jeg peker på at det var politiet som foranlediget at den amerikanske institusjonen ble brakt inn i saken som en mulig kjøper, og at løsepengene ble vist frem.”⁷⁶

Hvis en tenkte bort politiets rolle i tilretteleggingen av den kriminelle handlingen, var det vanskelig å forestille seg at det hadde vært aktuelt for gjerningsmannen å begå forsøket på heleri. Høyesterett vurderte politiets utradisjonelle etterforskningsmetode som den direkte årsaken til at den straffbare handlingen ble forsøkt begått. Politiets provokasjon var derfor ulovlig. Hopsnes legger til grunn at Høyesterett her helt klart bygget på betingelseslæren som årsakskrav.⁷⁷

Nyere rettspraksis virker imidlertid å ha beveget seg bort fra den strenge betingelsesteorien. Ved spørsmålet om hvorvidt politiet har fremkalt en kriminell handling i strid med grunnvilkåret, er det nemlig ikke gitt at det vil være tilstrekkelig å spørre seg om handlingen ville ha blitt begått også uavhengig av politiets innblanding. Politiets bidrag kan nemlig være *for fjernt og indirekte* til at årsakssammenhengen bør tillegges betydning. Dette kom på spissen i Rt. 2000 side 1482, hvor Høyesterett uttalte:

”For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes borte. Som Høyesterett påpeker i Rt 1984 side 1076 på side 1083, kan politiets mulige bidrag til at

⁷⁶ Rt.1998 side 407, side 410

⁷⁷ Hopsnes, 2003, side 56. Rt. 1998 side 407 står imidlertid alene i rekken av Høyesteretts praksis om å gi uttrykk for en streng anvendelse av betingelseslæren.

tiltalte ble trukket inn i saken, være for fjernt og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forhold fra hans side.”⁷⁸

Høyesteretts resonnement illustrerer hva som i dag må anses å kjennetegne kravet til årsakssammenheng i forbindelse med politiprovokasjon: Provokasjonen er lovlig dersom årsakssammenhengen mellom påvirkningen og den straffbare handlingen er fjern og indirekte. I Rt. 2000 side 1482 ble to engelskmenn, som kjørte en nederlandsk registrert trailer, stoppet av en tollpatrolje like ved grensen. Traileren viste seg å inneholde 199 kilo hasjisj, og politiet inngikk samarbeid med engelskmennene for å pågripe den eller de som skulle motta hasjisjen i Norge. Den første mottakeren, D, trakk seg. Engelskmennene kontaktet så, på politiets oppfordring, sin oppdragsgiver i Nederland for å opplyse om dette. Oppdragsgiveren ga indikasjon på at en ny mottaker A ville dukke opp. Spørsmålet for Høyesterett var om politiet var årsaken til at A kom inn i saken. Høyesterett uttalte om dette:

”Det var ikke politiets opptreden i Y som var den umiddelbare foranledning til at A valgte å overta narkotikaen. Avgjørende for As valg var et opplegg i regi av den nederlandske oppdragsgiveren etter at D trakk seg. Politiets inngripen bestod i at politiet fikk B til å ringe F, og at F ikke fikk opplyst at politiet var inne i bildet. Det hendelsesforløp som deretter utviklet seg, var ikke påvirket av politiet, men har klare likhetstrekk med en kontrollert overlevering”.⁷⁹

Høyesterett synes her å legge avgjørende vekt på at politiet hadde liten mulighet til å påvirke hvorvidt det skulle komme inn en ny mottaker, og i forlengelsen av dette; hvem mottakeren skulle være. Politiets delaktighet i at A ble involvert i saken var altså etter Høyesteretts syn ”for fjern og indirekte” til at politiet kunne sies å ha fremkalt det straffbare forholdet.

Dersom politiet hadde gått til det skritt å *anmode* kurerene om å skaffe en ny mottaker, kan en tenke seg at saken hadde stilt seg noe annerledes. I et slikt tilfelle kan det vanskelig hevdes at årsakssammenhengen er ”fjern og indirekte”. Hvis politiet uttrykkelig hadde anmodet

⁷⁸ Rt. 2000 side 1482, side 1486.

⁷⁹ Ibid., side 1486.

kurerene om at det burde komme i stand en ny avtale om overlevering, ville det etter mitt skjønn være nærliggende å hevde at politiet hadde fremkalt den etterfølgende kriminelle handling, ettersom en ikke kan utelukke at en sådan avtale ellers ikke ville ha kommet i stand.⁸⁰

Høyesterett fremhevet også et annet viktig poeng i sin vurdering. Det var leverandøren selv som kontaktet den nye mottakeren, som en direkte konsekvens av at den opprinnelige mottakeren trakk seg. Hopsnes uttaler til dette: *"Som også Høyesterett uttrykker det, er det ikke politiet som "kriminaliserte" objektet, men oppdragsgiverne i Nederland"*.⁸¹ Utviklingen i saken måtte anses som for "fjern og indirekte" til at lovbruddet var fremkalt av politiet, til tross for at politiets innblanding var en nødvendig betingelse for at en ny mottaker kom inn i saken.

Der påvirkningen med rette kan betegnes som fjern og indirekte, vil altså politiets innflytelse på mistenktes handlinger ikke regnes som tilstrekkelig til å konstatere at politiet på ulovlig vis har fremkalt lovbruddet. Politiets påvirkning har i slike tilfelle ikke vært tilstrekkelig motiverende for gjerningsmannens valg av handlinger, og det er da heller ikke rimelig at han skal gå fri på dette grunnlag.

I Rt. 2000 side 1482 uttalte Høyesterett følgende om hensynet til kriminalitetsbekjempelse:

"Politiets handlemåte må vurderes opp mot det samfunnsønske den aktuelle kriminalitet representerer. [...] Det er i vår sak snakk om et meget betydelig narkotikaparti. Politiet har ved å la aksjonen fortsette etter at D trakk seg, gjort det mulig å finne frem til flere deltakere i narkotikamiljøet".⁸²

Sitatet bærer preg av at Høyesterett ikke fant det hensiktsmessig å legge en streng betingelseslære til grunn. Hopsnes fremholder at resultatet lar seg forklare ut i fra de hensyn

⁸⁰ Sahl, 2004, side 32.

⁸¹ Hopsnes, 2003, side 56-57.

⁸² Rt. 2000 side 1482, side 1485.

som ligger bak en politiprovokasjon.⁸³ Disse hensynene fremtrer som viktige elementer ved utformingen av grensene for metoden, jf. ovenfor i kapittel 3. Høyesterett vektla som nevnt at politiet ikke hadde noen innvirkning på hvem som ble ny mottaker av narkotikaen. Dermed forelå det ikke spesielt stor fare for kriminalisering. Videre var det tale om alvorlig narkotikakriminalitet, og sterke samfunnsinteresser taler da for at politiet gis et visst spillerom ved bekjempelsen.

Høyesteretts introduksjon og anvendelse av kriteriet ”fjern og indirekte” årsakssammenheng, synes således motivert av en konkret avveining mellom de sterke hensyn som taler for bruk av provokasjon, og behovet for å sette grenser for politiets anvendelse av denne metoden.⁸⁴

5.2.3 Visse endringer i tid, sted og utførelse

Dersom politiet er hovedårsaken til endringer som medfører at en kriminell handling begås, og denne årsakssammenhengen ikke er fjern og avledet, må resultatet bli at handlingsprovokasjonen anses ulovlig. Der politiet bare har gitt årsak til visse endringer vedrørende den praktiske utførelsen av den kriminelle handlingen, derimot, taler langt mindre for at provokasjonen bør anses ulovlig. Høyesterett uttalte således i Rt. 1984 side 1076 at man må godta visse endringer i tid, sted og utførelse. Retten gikk ikke nærmere inn på hva disse endringene kan bestå i, men det fremgår av sammenhengen at det må foretas en konkret vurdering av det aktuelle saksforhold. Dette må igjen holdes opp mot det utgangspunkt grunnvilkåret angir; de aktuelle endringer i tid, sted eller utførelse må ikke medføre en uthuling av prinsippet om at handlingsprovokasjon kun er lovlig dersom den straffbare handling uansett ville blitt begått.

Det er ikke vanskelig å tenke seg at en forbryters forsett kan være oppfylt selv om overleveringen av narkotika skjer på sted A istedenfor på det opprinnelig planlagte sted B. Problemet er imidlertid å fastslå når handlingens karakter endrer seg så mye at det ikke lenger kan sies å være en sammenheng mellom gjerningspersonens forsett og den straffbare

⁸³ Hopsnes, 2003, side 57.

⁸⁴ Se om hensyn for og mot i kapittel 3.

handlingen. Politiet har i sistnevnte tilfeller vært en så sterk påvirkningsfaktor at den straffbare handlingen ikke lenger kan tenkes gjennomført uten politiets innblanding. Spørsmålet er så hvordan grensen skal trekkes. Hvilke endringer skal kunne tillates og hvilke endringer overskrider grensen til ulovlig provokasjon?

Unntaket om visse endringer i tid, sted og utførelse gir etter mitt skjønn anvisning på en type påvirkningselementer som i utgangspunktet *ikke* vil ha innvirkning på det kriminelle forsett. Endringene betinger tvert imot at det allerede foreligger en vilje til å begå en bestemt kriminell handling, og at det foreligger en slags plan for hvordan dette skal gjennomføres.

I Rt. 1984 side 1076 vurderte Høyesterett hvorvidt grensen var overskredet ved at politiet hadde øvd tidspress, slik at leveransen ble søkt fremskyndet. Høyesterett kom til at denne endringen i tid ikke var i strid med grunnvilkåret, idet spesielle omstendigheter rimeligjorde politiets ønske om en rask avklaring. Politiet hadde utgitt seg for å være en person som var siktet for å ha kjøpt amfetamin fra samme leverandør året før, og som på dette tidspunktet satt varetektsfengslet. Høyesterett mente at det var av stor betydning at operasjonen kunne gjennomføres før leverandørene fikk kjennskap til de konkrete omstendighetene. Videre ble det drøftet hvorvidt det skulle tillegges betydning at politiet hadde avslått et forslag om levering i København i stedet for Oslo som opprinnelig var avtalt, hvilket foranlediget at en kurer måtte dras inn i saken. Høyesterett kom til at dette måtte aksepteres innenfor rammene for grunnvilkåret, idet "[p]olitiet måtte regne med at det forelå en organisasjon med en etablert kurerertjeneste".⁸⁵ Dermed fant Høyesterett at de nærmere detaljer rundt frakten til Norge var et spørsmål som lå utenfor politiets innflytelse og kontroll.

De nærmere grensene rundt unntaket om "visse endringer i tid, sted og utførelse" er likevel ikke helt uproblematisk. Politiets påvirkning kan nemlig bidra til å styrke det kriminelle forsett, ved at endringene gjør den straffbare handling enklere å utføre og dermed mer fristende å gjennomføre. Andersen poengterer at tidsforskyvningen ikke må bli så stor "at den kan komme til å rokke ved grunnprinsippet om at politiets intervensjon kun skal være

⁸⁵ Rt. 1984 side 1076, side 1083.

deklarerende".⁸⁶ Eksempelvis kan selgeren på grunn av endringene i tid ane at noe er galt og trekke seg tilbake, men etter ny kontakt med agenten likevel la seg overtale. Vedkommende kan i enkelte tilfeller være usikker på om han vil gjennomføre salget, og politiets bestrebelser på å bestemme et tidspunkt for overlevering kan da være grunnen til at han faktisk gjennomfører det. Spørsmålet om slike henvendelser innebærer en ulovlig fremprovosering reiser seg ikke bare i forhold til salget, men også i forhold til gjerningsmannens anskaffelse av stoffet, hvis han ikke har vært i besittelse av stoffet før avtalen ble inngått. Gjelder det et stort narkotikaparti som gjerningsmannen anskaffer nettopp fordi det er avtalt (med politiet), er det nærliggende å si at avtalen er den direkte årsaken til anskaffelsen, og at provokasjonen må anses ulovlig. Gjelder det derimot et mindre parti – og en gjerningsperson som til stadighet anskaffer og besitter slike mengder narkotika – kan avtalen om salg til en politiagent neppe i seg selv sies å være årsaken til den bestemte anskaffeshandlingen som skal oppfylle avtalen. Provokasjonen vil da anses lovlig.⁸⁷

Forbudet mot at politiet fremkaller en kriminell handling som ellers ikke ville ha blitt begått, innebærer altså ikke at politiet avskjæres fra å være årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse, alt avhengig av de konkrete omstendigheter. Små endringer i tid, sted og utførelse vil ha liten betydning for hvorvidt gjerningsmannen gjennomfører den kriminelle handlingen eller ikke, men vil like fullt kunne bidra til at politiet oppnår den etterforskningsmessige gevinst som er målet for bruk av provokasjonen. Politiet må imidlertid ikke ukritisk benytte seg av denne endringsadgangen. Det er av stor viktighet at endringene ikke bidrar til å fremme det kriminelle forsett. Grunnvilkåret fungerer som en absolutt grense for politiets og påtalemyndighetens valg av virkemiddel under provokasjonen. Dersom det tillates for store endringer i tid, sted og utførelse, vil dette bidra til å uthule grunnvilkåret, og dermed svekke mistenktes rettsikkerhet.

⁸⁶ Andorsen, 2001, side 9. I teorien skiller man mellom konstitutiv og deklarerende etterforskning. Førstnevnte tilsvarende den ulovlige fremkallende etterforskning, mens sistnevnte er avslørende eller konstaterende. Se nærmere Andorsen, 2001, side 8 og Hopsnes, 2003, side 52 flg.

⁸⁷ I Rt. 2000 side 1223 ville mindretallet frifinne vedkommende fordi han anskaffet stoffet nettopp på grunn av avtalen med politiet. Flertallet på den annen side, mente at det ikke kunne frifinnes på dette grunnlaget. Dersom det var et krav om besittelse av stoffet allerede ved avtaleinngåelsen, ville lovlig provokasjon få et svært snevert anvendelsesområde. Førstvoterende pekte også på risikoen ved å oppbevare narkotika over lengre tid, og at få nettopp av denne grunn ville sitte på stoffet som en mellommann. Derfor vil nok mange ha en konkret avtale på plass før man går til anskaffelse av mer stoff.

5.2.4 Ytterligere begrensinger

I tillegg til grunnvilkåret, årsakskriteriet og muligheten for visse endringer i tid sted og utførelse, har rettspraksis oppstilt ytterligere noen krav til bruk av provokasjon i etterforskningen. I Rt. 1984 side 1076 uttalte Høyesterett at:

*”Ved siden av den begrensning som jeg her har drøftet, og som jeg oppfatter som et grunnvilkår for å godta etterforskning med provokasjonstilsnitt, må det nok oppstilles andre begrensninger.”*⁸⁸

Disse kravene knytter seg til ytre omstendigheter ved provokasjonen, slik som for hvilke type kriminelle handlinger metoden bør forbeholdes brukt, og ved hvilke anledninger det er akseptabelt å gå utenfor de ordinære etterforskningsmetodene.

For det første har Høyesterett oppstilt et krav om at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel.⁸⁹ Dette betegnes gjerne som indikasjonskravet, og innebærer at politiet ikke skal ty til utradisjonelle metoder før mindre inngripende metoder har vist seg utilstrekkelige.⁹⁰ Høyesterett har således uttalt at handlingsprovokasjon bare bør *”kunne aksepteres [...] når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige”*.⁹¹

Indikasjonskravet er ment å imøtegå de betenkeligheter som knytter seg til bruk av handlingsprovokasjon. Handlingsprovokasjon kan være en særlig inngripende metode som er egnet til å utfordre mistenktes krav på rettssikkerhet. Den store hovedregel må da være at politiet ikke benytter seg av metoden, med mindre det er klart at de ikke vil nå frem ved hjelp av ordinære etterforskningsmetoder. I etterforskningen av visse typer kriminelle handlinger vil

⁸⁸ Rt. 1984 side 1076, side 1080.

⁸⁹ Ibid., side 1080.

⁹⁰ NOU 2004: 6 side 87.

⁹¹ Rt. 1984 side 1076, side 1080. Indikasjonskravet er i tråd med politiloven § 6 andre ledd som bestemmer at: *”Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves ha vært forsøkt”*. Videre har Riksadvokaten lagt til grunn rundskriv nr. 2/2000 at provokasjon i utgangspunktet skal være et *”sekundært etterforskningsmiddel”*, og at det ikke tillates brukt med mindre de tradisjonelle etterforskningsmetoder er utilstrekkelige, se side 5.

det imidlertid relativt ofte foreligge omstendigheter som vanskeliggjør etterforskning med ordinære etterforskningsmidler. Det kan her vises til hva Høyesteretts uttalte i Rt. 1984 side 1076 på side 1080:

*”Narkotikaovertredsenes samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelser må prioriteres høyt; samtidig vil tradisjonelle etterforskningsmetoder her ofte komme til kort”.*⁹²

Ifølge Riksadvokaten innebærer ikke indikasjonskravet nødvendigvis at politiet i den konkrete sak må ha forsøkt å nå frem på tradisjonelt vis.⁹³ Det vil i enkelte tilfeller være klart allerede ved oppstart av etterforskningen at tradisjonelle metoder vil komme til kort. For eksempel kan det hende at det ikke er noen fornærmet i saken, og politiet derfor ikke har tilstrekkelig med opplysninger til å gjennomføre en tradisjonell etterforskning.

I tillegg til at handlingsprovokasjonen må være et sekundært etterforskningsmiddel, stilles det visse prosessuelle krav i forbindelse med selve bruken av metoden. I Rt. 1984 side 1076 uttalte Høyesterett at *”det [kan] være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten”*.⁹⁴ I Rt. 1998 side 407 (Skriksaken) oppstilte Høyesterett videre krav til dokumentasjon, notoritet og kontroll over provokasjonen fra politiets side. Det ble i Skriksaken spesielt fremhevet at måten provokasjonen ble gjennomført på kunne ha styrket tiltaltes forsett. Det ble også pekt på at politiets bruk av engelske agenter ikke var i tråd med riksadvokatens instruks om at kun polititjenestemenn skal anvendes ved slike metoder. Dette fikk betydning fordi de engelske agentenes opptreden i saken ikke var under tilstrekkelig kontroll av politiet nettopp fordi de var engelske og derfor ikke sto til ansvar overfor norske myndigheter. Det ble også lagt til grunn at aksjonen ikke var dokumentert eller belyst på en tilstrekkelig måte i forhold til alvorlighetsgraden av den metoden som var benyttet. Dette blant annet som en følge av at de engelske agentene ikke ville opplyse om sin identitet selv etter at

⁹² Se også Rt. 1993 side 473.

⁹³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000.

⁹⁴ Rt. 1984 side 1076, side 1080.

aksjonen var avsluttet. Dermed kunne ikke vitneprov fra disse anvendes i den etterfølgende straffesaken, og forsvareren fikk heller ikke innsyn i måten aksjonen var blitt gjennomført på. Videre ble det pekt på manglende dokumentasjon av at det forelå en plan for gjennomføringen av aksjonen, hvilket i riksadvokatens instruks er fremstilt som et ufravikelig krav blant annet for å hindre at det skjer urett mot noen. Endelig ble det pekt på at løsesummen ikke kom fra norske offentlige midler. Førstvoterende konkluderte etter dette med at politiets etterforskning var *”beheftet med så alvorlige mangler og betenkeligheter”* at det ikke burde være grunnlag for en domfellelse.⁹⁵

Dette viser at i de tilfellene hvor politiet og påtalemyndigheten ikke har gjort tilstrekkelig for å sikre notoritet og etterviselighet, kan dette medføre alvorlige konsekvenser for tiltaltes rettssikkerhet.⁹⁶ Domstolene vil ikke ha tilstrekkelig anledning til å skaffe seg innsikt i hvordan provokasjonen er utført, eller til å vurdere om tiltaltes rettssikkerhetsgarantier under etterforskningen er ivaretatt. I NOU 2004: 6 fremheves det som særlig viktig med rettssikkerhetsgarantier når politiet involverer seg i kriminelle miljø:

*”Det bør sikres at politiet bare benytter provokative metoder i situasjoner der vilkårene er oppfylt, og det bør kreves rutiner som sikrer at gjennomføringen lar seg etterprøve”.*⁹⁷

Det er dette som nødvendiggjør at det stilles strenge krav til det prosessuelle i forbindelse med handlingsprovokasjon. Ved å stille krav til politi- og påtalemyndighetens rutiner vedrørende etterforskningsmetoden, samt kreve *dokumentasjon* under og etter iverksettelse av provokasjonen, kan en legge grunnlaget for etterfølgende domstolskontroll. Dette vil samtidig skjerpe politiets oppmerksomhet i forbindelse med selve provokasjonen, slik at politiet ikke mister av syne betydningen av mistenktes krav på rettssikkerhet alene på grunn av et ønske om å oppnå etterforskningsmessige resultater.⁹⁸

⁹⁵ Rt. 1998 side 407, side 412.

⁹⁶ Se nærmere NOU 2004: 6 side 87.

⁹⁷ NOU 2004: 6 side 87.

⁹⁸ Også i senere rettspraksis er det anerkjent som et selvstendig vilkår i vurderingen av hvorvidt provokasjon er benyttet på en lovlig måte. Se blant annet Rt. 2000 side 1223, side 1225 og Rt. 2000 side 1482, side 1483.

Det bør nevnes at i NOU 2004: 6 foreslår utvalget lovfestet og presisert ytterligere to kriterier i forhold til hva som fremgår klart av rettspraksis. Utvalget betegner disse som henholdsvis ”inngangskriteriet” og ”mistankekravet”. Førstnevnte innebærer at den personen provokasjonen retter seg mot må være mistenkt (*”den som mest sannsynlig”*) for å forberede en straffbar handling. Mistankekravet innebærer at det må være sannsynlighetsovervekt for at den som mistenkes har fullbyrdelsesforsett, jf. forslaget § 8-12. Se mer om forslaget til lovregulering i kapittel 7.

5.2.5 Forholdet til EMK artikkel 6

Spørsmålet om hvorvidt en handlingsprovokasjon skal anses lovlig eller ulovlig er ikke uttrykkelig regulert i SP artikkel 14 eller EMK artikkel 6. EMD har imidlertid lagt til grunn at svaret avhenger av om siktede har fått en rettferdig rettergang, jf. kravet til ”fair trial” i EMK artikkel 6. Spørsmålet blir således om de kriterier for å anvende handlingsprovokasjon som følger av intern norsk rett, jf. ovenfor i kapittel 5, er i overensstemmelse med praksis fra EMD.

Det vil etter EMDs praksis være i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 å føre et bevis for et forhold hvis politiet påvirket handlingen i så stor grad at gjerningsmannen ble forledet til å overtre straffebudet.⁹⁹ Dette kravet samsvarer fullt ut med det norske grunnvilkåret om at handlingsprovokasjon kun er berettiget dersom politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av politiets rolle i hendelsesforløpet.¹⁰⁰

Spørsmålet blir i begge tilfelle om mistenkte ble forledet av politiet til å begå den straffbare handlingen, eller om politiet påtok seg en passiv rolle, og ikke har forårsaket handlingen. Det vil være i strid med retten til rettferdig rettergang å benytte beviset i det førstnevnte tilfellet, men ikke i sistnevnte. Som følge av dette må det for eksempel i narkotikasaker sondres mellom tilfeller der politietterforskeren har foretatt aktiv pågang for å få kjøpe narkotika og derved påvirket mistenkte til å selge stoffet, og tilfeller der etterforskeren har nøyd seg med å

⁹⁹ Se blant annet *Teixeira de Castro mot Portugal*, RJD 1998 side 1451.

¹⁰⁰ Rt. 1984 side 1076, side 1080.

kjøre narkotika som allerede er tilbudt for salg. Det må med andre ord vurderes hvem som tok *initiativet* til handlingen.

I saken *Teixeira de Castro* hadde politiagenter opptrådt som kjøpere av narkotika, og sendt bestilling til klageren via en mellommann. Klageren ble pågrepet av politiet da stoffet ble levert.¹⁰¹ EMD avviste ikke bruken av utradisjonelle etterforskningsmetoder som ulovlig, men det ble altså oppstilt et grunnvilkår om at politiet ikke kan forlede personer til å begå ulovlige handlinger. Hovedspørsmålet i saken var om politiet hadde gått lenger enn å være ”undercover agents”. Domstolene fant at politiet gikk for langt ved å ta initiativet til et lovbrudd som ellers ikke ville funnet sted. Det forelå således en krenkelse av retten til rettferdig rettergang, og det ble særlig lagt vekt på tre momenter. For det første hadde ikke pågripelsen vært et ledd i en generell narkotika- aksjon. For det andre hadde ikke politiet en begrunnet mistanke mot personen provokasjonen rettet seg mot. Vedkommende hadde ikke noe kriminelt rulleblad, og politiet kom kun i kontakt ved at andre oppgav ham. Endelig var det politiet som hadde påvirket ham til å skaffe narkotika. Det synes naturlig å se disse tre momentene som deler av en samlet begrunnelse, slik at det neppe er et vilkår at etterforskningen er et ledd i en aksjon mot et kriminelt miljø.¹⁰² Videre uttalte EMD:

*”the two police officers’ actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed.”*¹⁰³

Det avgjørende for EMD var altså, i likhet med hva tilfellet ville vært etter intern norsk rett, at politiet fremkalte en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Det må etter dette kunne legges til grunn at EMK artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang ikke oppstiller begrensninger i adgangen til å benytte handlingsprovokasjon utover hva som allerede følger av ulovfestet norsk rett, se redegjørelsen ovenfor i kapittel 5.

¹⁰¹ *Teixeira de Castro mot Portugal*, RJD 1998 side 1451.

¹⁰² Jebens, 2004, side 426.

¹⁰³ *Teixeira de Castro mot Portugal*, RJD 1998 side 1451, avsnitt 39.

5.3 Konsekvenser av handlingsprovokasjon

5.3.1 Konsekvenser av lovlig handlingsprovokasjon

Dersom politiets bruk av handlingsprovokativ etterforskning må anses lovlig, det vil si er anvendt i henhold til de kriterier som ble gjennomgått ovenfor i kapittel 5, er resten av saksgangen relativt ukomplisert. Mistenkte kan i så fall tiltales for den straffbare handling som handlingsprovokasjonen rettet seg mot (den ville blitt begått uansett, jf. grunnvilkåret), og de bevis som ble avdekket i denne forbindelse kan benyttes under hovedforhandlingen.

5.3.2 Konsekvenser av ulovlig handlingsprovokasjon

Overskrides grensen for lovlig handlingsprovokasjon, blir neste spørsmål hvilken konsekvens det skal få at politiets provokasjon var ulovlig. Ettersom vi fortsatt befinner oss på ulovfestet område, vil Høyesteretts standpunkt til dette spørsmålet være avgjørende.¹⁰⁴ I Rt. 1984 side 1076 legges det til grunn som mest naturlig at påtalemyndigheten i slike tilfeller unnlater å reise tiltale.¹⁰⁵ Denne regel er begrunnet i hensynet til tiltaltes rettssikkerhet. Hos Eskeland påpekes det imidlertid at hensynet til prevensjon i og for seg taler for at den kriminelle handling like fullt burde straffeforfølges:

”En regel om at ulovlig befatning med narkotika er straffbar også når det er politiet som inviterer til handlingen, har kanskje en større preventiv effekt enn den regel som nå gjelder. Her er det hensynet til rettssikkerhet som tillegges avgjørende vekt”¹⁰⁶

Rettsikkerhetshensynet tilsier altså at utgangspunktet ved ulovlig handlingsprovokasjon er at det ikke skal reises tiltale.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Høyesterett uttalte i Rt. 1984 side 1076 at: ”[...] straffeprosessloven ikke gir noen klar anvisning på hvilken virkning det har om påtalemyndigheten har ervervet bevis ved hjelp av etterforskningsmetoder som ikke kan aksepteres”.

¹⁰⁵ Rt. 1984 side 1076, side 1079.

¹⁰⁶ Eskeland, 2000, side 252.

¹⁰⁷ Se også Rt. 1992 side 1088 og Rt. 1998 side 407.

Neste spørsmål knytter seg til hva som skjer dersom påtalemyndigheten likevel velger å reise tiltale for den straffbare handling. Bakgrunnen for at tiltale likevel reises, kan typisk være at påtalemyndigheten mener grensene for handlingsprovokasjon er overholdt, eventuelt kombinert med et ønske om å utfordre Høyesteretts tidligere fastsatte grenser for handlingsprovokasjon. I Rt. 1984 side 1076 la Høyesterett til grunn at det i slike tilfeller er mulig både å avvise saken og å frifinne tiltalte.¹⁰⁸ Spørsmålet om avvisning eller frifinnelse ble ikke løst uttrykkelig i denne saken, idet Høyesterett fant at vilkårene for lovlig bruk av provokasjon var oppfylt og dermed ikke så noe behov for å gå inn på en subsidiær drøftelse. I Rt. 1992 side 1088 kom imidlertid spørsmålet opp på ny. Høyesterett fant at det forelå brudd på grunnvilkåret, provokasjonen var dermed ulovlig, og spørsmålet var hvilken konsekvens dette skulle ha. Høyesterett kom til at det i slike tilfelle foreligger en *"ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjonen."*¹⁰⁹

Dette ble begrunnet med at det ville vært støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet å anvende straff for disse tilfeller. Senere rettspraksis fra Høyesterett viser at domstolen følger seg bundet av dette standpunktet. I Rt. 1994 side 319 uttalte førstvoterende:

*"For at han skal kunne frifinnes for det forhold tiltalen omfatter, må det under enhver omstendighet kunne legges til grunn at det straffbare forhold er fremprovosert av etterforskningen jfr. Rt. 1992 side 1088."*¹¹⁰

I denne saken ble tiltalte riktig nok ikke frifunnet, idet Høyesterett kom til at grensene for ulovlig provokasjon ikke var overskredet. Dersom det hadde foreligget ulovlig handlingsprovokasjon ville imidlertid konsekvensen blitt frifinnelse.

¹⁰⁸ Rt. 1984 side 1076, side 1079. Dersom de ulovfestede reglene om provokasjon ikke har blitt fulgt av politiet, skal det altså i utgangspunktet ikke tas ut tiltale. Blir dette likevel gjort, foreligger det til tross for den ulovlige handlingsprovokasjonen ingen mangel ved tiltalebeslutningen som etter strprl. § 252 kan føre til avvisning, jf. Riksadvokatens rundskriv nr 2/2000 side 4. Resultatet må dermed bli frifinnelse.

¹⁰⁹ Rt. 1992 side 1088, side 1091.

¹¹⁰ Rt. 1994 side 319, side 321.

I en nyere dom innatt i Rt. 2006 side 120, behandlet Høyesterett på ny spørsmålet om ulovlig provokasjon. A, som satt i varetekt på Ullersmo landsfengsel, hadde fortalt G at han ville ta livet av C. G tok så kontakt med politiet, som utstyrte G med opptaker for å få bevis for forholdet. Politiet oppfordret ham samtidig til å være aktiv i prosessen for å få tak i ytterligere opplysninger. G foreslo så for A at G's bror kunne utføre drapet mot en viss sum penger, hvorpå A uttalte klart og tydelig at han ville ta livet av C. Dette kom frem av de opptakene som politiet fikk. Høyesterett var ikke i tvil om at det forelå en ulovlig handlingsprovokasjon. På grunn av G, som måtte identifiseres med politiet, hadde det utviklet seg en situasjon som ellers ikke ville ha funnet sted, og som det ikke kunne legges til grunn at A ellers ville ha kommet opp i. A ble således frifunnet for forsøk på å inngå forbund om drap.

Det kan også nevnes at Borgarting Lagmannsrett nylig behandlet en sak hvor tiltalte (A) ble frifunnet for grovt tyveri fra en bank i Oslo.¹¹¹ Politiet hadde i denne saken hatt A under oppsikt i lengre tid på det tidspunkt hvor anslaget ble rettet mot banken. Som ledd i etterforskningen hadde politiet kontakt med en vekter, som i sin tur hadde kontakt med A. Tingretten kom under dissens til at denne kontakten og bruken av vekteren var av en slik karakter at A måtte frifinnes under henvisning til at det forelå ulovlig politiprovokasjon. Lagmannsretten opphevet tingrettens dom på grunn av manglende domsgrunner, og sendte saken tilbake til tingretten.¹¹² Domsgrunnene var ufullstendige på to punkter. For det første gikk ikke tingretten inn på hva vekterens oppdrag for politiet var, og lagmannsretten mente derfor at det ikke var grunnlag for å fastslå at politiet ga vekteren i oppdrag å "fore" A med opplysninger som ville være avgjørende for at anslaget mot banken kunne finne sted. Det var derfor vanskelig for lagmannsretten å se hvilke konkrete forhold ved politiets håndtering av saken og bruken av vekteren som gjorde at vekteren måtte anses som en provokatør for politiet. For det andre var det etter rettens syn også en mangel ved domsgrunnene at det ikke var foretatt en nærmere drøftelse av hvilken betydning det har for identifikasjonen mellom politiet og vekteren at A allerede hadde planer for anslag mot banken før vekteren tok kontakt med politiet. Ut fra tingrettens domsgrunner var det uklart hvilke konkrete handlinger fra

¹¹¹ LB 2005-115954, avsagt 24.august 2006.

¹¹² Det er nå opp til statsadvokaten om saken på ny skal inn for tingretten.

vekterens side, og som politiet måtte identifiseres med, som var avgjørende for at A besluttet å gjennomføre anslaget mot banken.

Denne saken illustrerer kriteriene som må vurderes i forbindelse med politiets bruk av handlingsprovokasjon, men i denne sammenheng var hovedpoenget å få frem at retten anså ulovlig handlingsprovokasjon som en ulovfestet frifinnelsesgrunn.

Avslutningsvis nevnes at i NOU 2004: 6 foreslås det å opprettholde rettstilstanden hva gjelder konsekvensen av at vilkårene for bruk av provokasjon er overskredet. Dette innebærer at ulovlig handlingsprovokasjon fortsatt skal medføre frifinnelse.¹¹³ Utvalget legger til grunn at Høyesteretts praksis har gode grunner for seg, og ser dermed ikke behovet for å foreta noen endringer på dette punktet. Når det gjelder spørsmålet om konsekvensen vedrørende eventuelle brudd på kravet om notoritet, jf ovenfor i kapittel 5, legger lovutvalget til grunn konsekvensen også her må bli frifinnelse ”dersom det hefter så alvorlige feil ved beslutningen at notoriteten omkring gjennomføringen ikke er blitt tilstrekkelig god”.¹¹⁴ Også her overlates den nærmere grensedragning til praksis. På ett punkt har imidlertid utvalget foreslått en lovfesting. Forslaget går ut på at det ikke skal reises tiltale for straffbare handlinger som er fremkalt av politiet. Dette fremgår indirekte av utkast til politiloven § 8-12 (2), som lyder:

”Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand eller skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den fremprovoserte handling”.¹¹⁵

Forslaget innebærer med dette en lovfesting av prinsippet om at det for handlingsprovokasjon ikke skal reise tiltale der de sentrale vilkårene for anvendelse av metoden ikke foreligger. Dette følger som nevnt allerede av Høyesteretts uttalelser i Rt. 1984 side 1076. Lovforslaget innebærer således ikke noe nytt enn en kodifisering av gjeldende rett.¹¹⁶

¹¹³ NOU 2004: 6 side 200.

¹¹⁴ Ibid., side 200.

¹¹⁵ Ibid., side 247.

¹¹⁶ Lovforslaget er i skrivende stund ikke vedtatt.

6 Nærmere om bevisprovokasjon – kriterier, begrensninger og konsekvenser

6.1 Generelt

Ved handlingsprovokasjon er det, som redegjort for i kapittel 5, oppstilt relativt faste kriterier for vurderingen av hvorvidt selve provokasjonshandlingen er lovlig eller ikke, og lovmessigheten avgjør om vedkommende kan tiltales for den straffbare handlingen eller ikke. Det kan ikke oppstilles tilsvarende faste kriterier ved vurderingen av bevisprovokasjon. Hovedspørsmålet ved bevisprovokasjon er i stedet om det bevis som er fremskaffet ved slik provokativ etterforskning skal tillates ført for retten. Spørsmålet om beviset kan føres, styres av de ulovfestede reglene om bevisavskjæring.¹¹⁷

I det følgende vil det likevel gjøres et forsøk på å trekke opp enkelte grunnregler for når bevisprovokativ etterforskning kan aksepteres. Ved spørsmålet om det fremprovoserte beviset skal avskjæres eller kan tillates ført for retten, vil nemlig vurderingen til en viss grad avhenge av om beviset i sin tid ble fremskaffet på lovlig, ulovlig eller utilbørlig måte. Dess mindre grad av legalitet bak bevisprovokasjonen, dess større krav stilles for å tillate beviset ført.

6.2 Vilkår for lovlig bevisprovokasjon

Grunnvilkåret for lovlig handlingsprovokasjon – at politiet ikke kan fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville vært begått – gjelder i utgangspunktet også ved bevisprovokasjon. Dette grunnvilkåret vil imidlertid regelmessig være oppfylt ved bevisprovokasjon. Den straffbare handlingen vil jo allerede være begått. Politiets innblanding kan da ikke tenkes kriminalisert på samme måte som ved en handlingsprovokasjon, ettersom

¹¹⁷ Verken straffeprosessloven, SP artikkel 14 eller EMK artikkel 6 sier noe om dette.

gjerningsmannen selv har tatt initiativet til handlingen og oppfylt skyldkravet – uten innblanding fra politiet.¹¹⁸

Dette utgangspunktet må imidlertid nyanseres noe, fordi en bevisprovokasjon i praksis vil kunne gli over i handlingsprovokasjon. Særlig aktuelt er dette der det går lang tid mellom provokasjonshandlingen og fremskaffelsen av beviset.¹¹⁹ Høyesterett har akseptert at det fremprovoseres en avtale om salg av narkotika (isolert sett en handlingsprovokasjon) med sikte på å fremskaffe bevis for besittelse av stoffet (bevisprovokasjon), så lenge det kun tas ut tiltale for besittelsen av narkotikaen, og ikke for salget.¹²⁰ En slik innblanding anses da som lovlig bevisprovokasjon.¹²¹

Det er altså akseptert at en handling som ellers ikke ville ha blitt begått fremprovoseres, så lenge politiet har kontroll med handlingen og provokasjonen gjennomføres som en bevisprovokasjon med sikte på å ta ut tiltale for en allerede begått handling. Dette kan illustreres ved den såkalte Lokkeduesaken, inntatt i Rt. 2000 side 1223. I denne saken hadde en politibetjent D kontakt med en kvinne C, som var en del av narkotikamiljøet i Trondheim. En dag ble C oppringt av A, som tilbød henne å kjøpe et halvt kilo heroin. Dette informerte C politibetjenten om, og holdt ham oppdatert om sakens utvikling. Meningen fra politiets side var så å pågripe A i besittelse av narkotikaen før C ble innblandet i en salgssituasjon. Slik gikk det imidlertid ikke. A overleverte stoffet til C, og de avtalte betaling senere den dagen. C kontaktet så politiet, som tok hånd om heroinet og laget en tilsvarende pakke som den C hadde fått overlevert, men denne var fylt med gips. C gikk deretter til A med pakken (inneholdende gips), og fortalte A at hun ikke turte å gjennomføre salget. I stedet for å betale for heroinet, leverte C pakken tilbake og forlot stedet. Like etter ble A pågrepet av politiet.

Høyesterett la til grunn at det her var tale om bevisprovokasjon, som ved en salgssavtale tok sikte på å reise tiltale mot A for erverv og oppbevaring av heroin. Førstvoterende pekte i

¹¹⁸ NOU 2004: 6 side 84.

¹¹⁹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 side 4.

¹²⁰ Rt. 1992 side 1088.

¹²¹ Det uttales i NOU 2004: 6 at "[d]ersom en alminnelig provokasjon [handlingsprovokasjon] inngår som ledd i en bevisprovokasjon, vil altså [bevis]provokasjonen være lovlig dersom det ikke reises tiltale for den fremprovoserte straffbare handling," side 88.

denne anledning på at det også ved bevisprovokasjon, som den klare hovedregel, ikke skal fremkalles en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.¹²² Nettopp dette ville imidlertid være tilfellet dersom A ble forledet til å gå til anskaffelse av narkotikaen som følge av provokasjonen. I saken ble det imidlertid lagt til grunn, ut ifra rettsbelæringen sammenholdt med lagrettens svar, at A hadde anskaffet heroinet på eget initiativ og uten påvirkning fra C (politiet).¹²³ Politiets innblanding ble derfor ansett som lovlig.

Høyesterett fant like fullt grunn til å påpeke at lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til hvorvidt As anskaffelse av heroinet fant sted før eller etter at C (politiet) hadde akseptert As tilbud. Førstvoterende uttalte at etterfølgende erverv i seg selv vanskelig kunne medføre at politiets innblanding (avtale om salg) måtte anses som en ulovlig handlingsprovokasjon. Dette fordi det med stor sannsynlighet er vanlig kutyme ved omsetning av større partier narkotika, at mellommenn prøver å begrense den perioden de besitter stoffet, og at stoffet av den grunn vanligvis først vil bli ervervet etter at det er inngått en avtale om salg.¹²⁴ Videre ble konsekvensen av et motsatt syn fremhevet:

*”Dersom det skulle stilles det krav til lovlig [bevis]provokasjon at mellommannen allerede besitter narkotikaen når salgavtalen inngås, synes konsekvensen å være at [bevis]provokasjon som et middel i etterforskningen vil få meget liten anvendelse på det området der den formentlig har sin største betydning, nemlig ved narkotikaomsetning.”*¹²⁵ [Mine anm.].

Politiets innblanding – som isolert sett kan ses på som ulovlig handlingsprovokasjon – ble altså i stedet ansett som en del av en lovlig bevisprovokasjon, selv om A først anskaffet heroinet etter at avtalen med C (politiet) var inngått.¹²⁶

¹²² Rt. 2000 side 1223, side 1229.

¹²³ Ibid., side 1229.

¹²⁴ Ibid., side 1229.

¹²⁵ Ibid., side 1229.

¹²⁶ I NOU 2004: 6 side 88 avgrensar utvalget ”lokkeuetilfellene” mot provokasjon. Dette fordi politiet i lokkeuetilfellene ikke aktivt tar kontakt med mistenkte, men nøyer seg med å legge til rette for en situasjon hvor mistenkte blir fristet til å begå en straffbar handling. Etter mitt syn er det imidlertid nettopp et slikt tilfelle som Rt. 2000 side 1223, som kan karakteriseres som provokasjon. Politiets aktive innblanding i denne saken var etter

6.3 Ulovlig og utilbørlig/illojal bevisprovokasjon

Dersom bevisprovokasjonen må anses fullt ut lovlig, jf. om grunnvilkåret for lovlig bevisprovokasjon ovenfor i punkt 6.2, oppstår det som hovedregel intet spørsmål om bevisavskjæring. I Rt. 1996 side 1114 uttalte imidlertid Høyesterett:

*”Etter min mening kan det imidlertid helt unntaksvis tenkes at det - på ulovfestet grunnlag - også må nektes ført bevis selv om beviset er ervervet på lovlig måte, og selv når det er siktede som ønsker å føre det.”*¹²⁷

I nevnte Rt. 2000 side 1223 (Lokkeduesaken) ble således tiltalte frifunnet selv om bevisprovokasjonen i utgangspunktet ble ansett lovlig, idet Høyesterett fant at aksjonen fra politiets side hadde så alvorlige mangler at den ikke kunne godtas som grunnlag for domfellelse. Beviset ble avskjært selv om provokasjonen i utgangspunktet oppfylte grunnvilkåret. Flertallet la vekt på at politiets bruk av C som informant var i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Dette ble basert på hennes manglende troverdighet som informant. C var selv narkotikamisbruker, som kunne få straffesiktelser mot seg.¹²⁸ Av den grunn var C avhengig av sin politikontakt. Etter Høyesteretts syn forelå det generelt en potensiell fare for at slike personer vil gå for ivrig og resultatsøkende til verks, og dermed overskride de fastlagte grenser for provokasjonsmetodens anvendelsesområde.¹²⁹ Høyesterett la altså til grunn at også ved bevisprovokasjon må politiet og påtalemyndigheten sikre notoritet og etterviselighet. I motsatt fall vil ikke domstolene ha tilstrekkelig anledning til å skaffe seg innsikt i hvordan provokasjonen er utført, og om tiltaltes rettssikkerhetsgarantier under etterforskningen er ivarettatt. Det vises til drøftelsen av de prosessuelle vilkår i forbindelse med handlingsprovokasjon, se punkt 5.2.4 ovenfor.

mitt syn ikke av en slik passiv karakter at det er noen grunn til å skille mellom bruk av lokkedue og annen provokasjon.

¹²⁷ Rt. 1996 side 1114, side 1118-1119.

¹²⁸ Rt. 2000 side 1223, side 1231.

¹²⁹ Ibid., side 1231, jf. Gammeltoft-Hansen, 1996, side 72

Etter dette kan det sies at forutsetningen for en eventuell bevisavskjæring er at det fremskaffede bevis enten er fremprovosert på *ulovlig* måte, eller på en slik *utilbørlig* måte at beviset må avskjæres selv om politiets innblanding i utgangspunktet oppfylte grunnvilkåret for lovlig provokasjon. Dette er blant annet fremholdt i Rt. 2003 side 1266 der det uttales at *”bevisavskjæring etter de ulovfestede regler forutsetter at det dreier seg om et bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte[...]”*.¹³⁰

I Rt. 1997 side 795 hadde en mor tatt opp en telefonsamtale i forbindelse med en barnefordelingssak.¹³¹ Opptaket var etter Høyesteretts syn ikke ulovlig i henhold til strl. § 145a, som setter forbud mot hemmelig avlytting av samtaler mellom andre. Opptaket inkluderte nemlig ikke bare barna og deres far; også moren deltok etter hvert i telefonsamtalen. Høyesterett anså imidlertid beviset fremskaffet ved en illojal handling, og tillot derfor ikke at opptaket ble ført som bevis for retten. Høyesterett uttalte at slike opptak kan være både illojale og støtende. Den annen part (faren) må ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter. Høyesterett la videre vekt på at en adgang til å legge frem slike hemmelig opptak kunne åpne for en tilsvarende aktivitet fra andre foreldre, hvilket det var grunn til å motvirke av hensyn til barna. Høyesterett konkluderte med at dersom et bevis var fremskaffet på en slik illojal måte, ville ulovfestede regler om bevisavskjæring føre til at beviset ikke kunne føres.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 1991 side 616 drøftet Høyesterett om en arbeidsgivers hemmelige videoopptak av en ansatt var et ulovlig ervervet bevis. I så fall ville det bli spørsmål om å nekte beviset ført i straffesaken mot arbeidstakeren, som var under tiltale for underslag mot arbeidsgiveren.¹³² Førstvoterende tok utgangspunkt i straffelovens § 145a, personregistreringsloven § 9, jf. § 1 og arbeidsmiljøloven §§ 12 nr 3 og 19 annet ledd, samt

¹³⁰ Rt. 2003 side 1266, avsnitt 20.

¹³¹ Det bør nevnes at Høyesterettsavgjørelsene inntatt i Rt. 1997 side 795 og Rt. 1991 side 616 i utgangspunktet ikke dreier seg om bevisprovokasjon fra politiets side. Rt. 1997 side 795 omhandlet illojalt ervervet bevis i en sivil sak. Og i Rt. 1991 side 616 var det ikke politiet, men arbeidsgiveren som hadde ervervet beviset. Dette er imidlertid uten betydning, idet hovedpoenget i denne forbindelse er å belyse grensdragningen mellom det lovlige, det ulovlige og det illojalt/utilbørlig ervervede bevis.

¹³² Rt. 1991 side 616, side 620.

det generelle krav til arbeidsmiljøet i § 7 nr 1.¹³³ Dersom arbeidsgiveren hadde handlet i strid med disse lovfestede reglene, måtte beviset anses ervervet ulovlig. Førstvoterende uttalte at forståelsen av *”alle de tre lover det er tale om, kan volde tvil, men at det i alle fall kan være gode grunner som taler for å anse video-opptaket foretatt i strid med arbeidsmiljøloven.”*¹³⁴ Neste spørsmål ble således om beviset likevel skulle tillates ført. Dette behandles i punkt 6.4.3 nedenfor.

Det ble også i Rt. 2000 side 1345 drøftet Høyesterett hvorvidt et bevis ervervet ved bevisprovokasjon måtte anses som ulovlig. I denne saken hadde politiet pågrepet en 36-årig mann for salg av narkotika, og beslaglagt mobiltelefonen hans. Telefonen ble liggende på en politibetjents kontor og ved to inngående samtaler svarte politibetjenten. I den ene samtalen unnlot betjenten å opplyse om at han var politi, og i den andre utga betjenten seg for å være kameraten til den pågrepne 36-åringen. Innringerne var personer som ønsket å kjøpe narkotika av 36-åringen. Høyesterett fremhevet fem momenter i sin vurdering av om politiets innblanding i disse telefonsamtalene måtte anses som ulovlig bevisprovokasjon. For det første så Høyesterett det som klart at politiet ikke hadde plikt til å slå av den beslaglagte mobiltelefonen, og i forlengelsen av dette måtte politiet ha anledning til både å lese tekstmeldinger og å høre på mobilsvarmeldinger. Det ble det lagt til grunn at situasjonen hadde likhetstrekk med den som foreligger når politiet beslaglegger privat korrespondanse og leser denne:

”Jeg viser i denne forbindelse også til det unntak fra forbudet mot beslag av dokumenter som det knytter seg taushetsplikt m.m. til, som er gitt i straffeprosessloven § 204 annet ledd 1. punktum [...]. Personer som kan tenkes å være medskyldige i det straffbare forhold, har således ikke den samme beskyttelsesverdige interesse i konfidensialitet som utenforstående.”

For det andre var førstvoterende uenig i forsvarerens anførsel om at politiet skulle ha presentert seg i den foreliggende situasjonen. Det må aksepteres at politiet *”innenfor visse*

¹³³ Ibid., side 620 flg.

¹³⁴ Ibid., side 623.

*grenser kan opptre fordekt og med skjult identitet under etterforskning av alvorlig narkotikakriminalitet”*¹³⁵

Førstvoterende viste i denne sammenheng til Andenæs’ eksempel om at politiet må anses berettiget til å kjøpe narkotika for å få bevis mot en narkotikaselger, selv om kjøp av narkotika i utgangspunktet er ulovlig.¹³⁶

For det tredje anså Høyesterett situasjonen for å være utenfor anvendelsesområdet til straffeloven § 145a, som direkte rammer avlytting av eller opptak fra samtaler mellom andre. Bestemmelse kom ikke til anvendelse idet politibetjenten selv var en del av samtalen.

For det fjerde innebar heller ikke politiets innhenting av bevis på denne måten noen krenkelse av privatlivets fred som skulle tilsi krav om lovhjemmel utover den hjemmel politiet allerede hadde for å beslaglegge telefonen. Forholdet var ikke i strid med EMK artikkel 8.

Endelig kunne ikke Høyesterett se at politiets opptreden var i strid med vernet mot ufrivillig selvinkriminering. I den anledning ble det uttalt at *”vitner som selv har tatt initiativet til en samtale, må i hvert fall normalt falle utenfor forbudet mot selvinkriminering, selv om de uten å vite det røper seg for politiet.”*¹³⁷

Jeg er enig i denne vurderingen, idet selvinkrimineringsprinsippet innebærer et vern mot *egen* domfellelse. Personene som ringte til 36-åringens telefon som var jo ikke tiltalt. Konklusjonen var at telefonopptakene ikke kunne anses som ulovlig fremprovoserte bevis.

Disse dommene viser at selv om bevisprovokasjonen i utgangspunktet tilfredsstillende grunnvilkåret om at det ikke skal fremprovoseres en straffbar handling som ellers ikke ville vært begått, kan omstendighetene likevel tilsi at bevisprovokasjonen må anses ulovlig eller utilbørlig/illojalt gjennomført. Særlig vil dette kunne være tilfellet dersom bevisprovokasjonen

¹³⁵ Rt. 2000 side 1345, side 1348.

¹³⁶ Andenæs, 1996, side 257.

¹³⁷ Rt. 2000 side 1345, side 1349.

bryter med generelle rettsikkerhets- eller personvern hensyn. I så fall oppstår spørsmålet om beviset like fullt skal tillates ført for retten, se straks nedenfor i punkt 6.4.

6.4 Konsekvenser av ulovlig eller utilbørlig/illojal bevisprovokasjon

6.4.1 Skal det fremprovoserte beviset avskjæres eller tillates ført?

Konsekvensene av en ulovlig eller illojal/utilbørlig bevisprovokasjon er ikke entydige. Der en ulovlig handlingsprovokasjon vil føre til full frifinnelse for den fremprovoserte handlingen, vil ulovlig eller utilbørlig fremprovosert bevis maksimalt kunne føre til en avskjæring av beviset. Selve handlingen er jo allerede begått, og blir ikke mindre straffverdig selv om beviset for handlingen er ulovlig eller utilbørlig fremskaffet.

I Rt. 2003 side 1266 uttalte Høyesterett at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis må avskjæres dersom beviset ”[...]etter en bred avveining av så vel de prinsipielle som konkrete hensyn heller ikke bør tillates ført”.¹³⁸ I Rt. 1996 side 1114 poengterte Høyesterett at

*”[D]et er åpenbart at det må meget sterke og tungtveiende hensyn til for en slik nektelse [...]. De hensyn som kan tenkes å bære en slik nektelse, må være tungtveiende generelle rettsikkerhets- eller personvern hensyn som mer enn oppveier de rettsikkerhetsmessige betenkeligheter ved å nekte den aktuelle type bevis ført.”*¹³⁹

Ved denne vurderingen er særlig tre forhold av betydning. For det første må det spørres om det å føre beviset vil innebære en fortsettelse av den krenkelsen bevisprovokasjonen i sin tid utgjorde overfor tiltalte. Der det er slik fortsatt krenkelse vil beviset normalt avskjæres, jf. nedenfor i punkt 6.4.2. Dersom dette ikke er tilfelle, må det likevel foretas en interesseavveining. Hvorvidt det fremprovoserte beviset da kan benyttes, avhenger av hvor grovt politiet brøt med grunnleggende prinsipper ved gjennomføringen av bevisprovokasjonen. Prinsippene om forholdsmessighet og vernet mot ufrivillig

¹³⁸ Rt. 2003 side 1266, side 1268.

¹³⁹ Rt. 1996 side 1114, side 1118-1119.

selvinkriminering vil i så fall stå sentralt. I ethvert tilfelle må føring av beviset overholde de krav som følger av retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6.

6.4.2 Fortsatt krenkelse

Et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis vil normalt ikke tillates ført hvis bruken av det vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved det ulovlige eller utilbørlige/illojale erverv av beviset.¹⁴⁰ Den skade som skjedde ved beviservervet ville i disse tilfeller forsterkes eller gjentas dersom anvendelsen av beviset tillates. Spørsmålet i denne anledning er således hva som skal til for at et bevis skaffet til veie på en ulovlig eller illojal/utilbørlig måte, vil utgjøre en fortsatt krenkelse dersom beviset likevel tillates ført.

Utgangspunktet er at det må være *en viss sammenheng* mellom den krenkelse som oppleves i forbindelse med ervervet av beviset, og den krenkelse som oppleves i retten. Er det tungtveiende personvern hensyn som er blitt neglisjert i forbindelse med beviservervelsen, vil det også måtte være denne typen hensyn som blir krenket i retten, for at det skal være tale om fortsatt krenkelse. Hvis politiet for eksempel har fremskaffet bevis ved å forlede gjerningsmannen til å tilstå, vil dette bryte med vernet mot ufrivillig selvinkriminering.¹⁴¹ Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus.¹⁴² Dersom selvinkrimineringsprinsippet krenkes i forbindelse med selve bevisprovokasjonen, vil føring av beviset for retten kunne innebære en fortsatt krenkelse av dette prinsippet.

I Rt. 1999 side 1269 (Fengselsbetjentdommen), hadde politiet mistanke om at en fengselsbetjent tidligere hadde hjulpet en fange med å rømme. Under etterforskningen innledet politiet et samarbeid med en annen innsatt. Den mistenkte fengselsbetjenten, som var uvitende om samarbeidet, foreslo overfor den innsatte å tegne en skisse av fengselet mot en sum

¹⁴⁰ Hov, 1999, side 231.

¹⁴¹ Et ekstremt eksempel på dette har man i Rt. 1948 side 46, hvor politiet skremte tilståelse for drap ut av de mistenkte ved å føre dem ut til åstedet om natten, og gi inntrykk av at de ville bli henrettet uten rettergang. Høyesterett tok sterk avstand fra dette. Et mer representativt eksempel for det samme er inntatt i Rt. 1999 side 1269 "fengselsbetjentdommen", der politiet ga seg ut for å være en medhjelper, og "lurte" betjenten til å tilstå en straffbar handling. Tilståelsen ble avskåret som ulovlig fremprovosert.

¹⁴² Se mer om selvinkrimineringsprinsippet i kapittel 4 ovenfor.

penger. Skissen skulle betjente så gi til en medhjelper av den innsatte utenfor fengslet. Politiet, som fikk nødvendig informasjon fra den innsatte, utga seg for å være denne medhjelperen utenfor fengslet, og møtte opp med skjult mikrofon og båndopptaker. Politiet spurte så fengselsbetjente om dennes deltakelse i rømmingen til den første fangen, og fikk en tilståelse. Høyesterett uttalte at politiet ikke hadde respektert mistenktes rett til å forholde seg taus. Dersom beviset likevel ble tillatt ført ”*måtte det ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset*”. Høyesterett konkluderte således med at det bevis (tilståelsen) som var ervervet ved bevisprovokasjonen, måtte avskjæres. Det kan nevnes at Strandbakken mener at Høyesterett her la for stor vekt på selvinkrimineringsprinsippet i forhold til å få frem den materielle sannhet.¹⁴³

Videre vil det særlig være arten av de opplysninger som er fremskaffet ved bevisprovokasjonen som gjør at bevisførsel vil kunne oppfattes som en ytterligere krenkelse. Dersom beviset for eksempel inneholder svært privat/sensitiv informasjon, vil det å offentliggjøre opplysningene i en rettssak kunne innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse, idet informasjonen da vil bli gjort kjent for flere. Dette gjelder typisk informasjon av personlig/sensitiv art som man vil ha en beskyttelsesverdig interesse av å holde hemmelig. I Rt. 2003 side 1266 gjorde således en avskjediget person gjeldende at bevis for vedkommendes ”surfing” på pornografiske nettsteder ikke kunne tillates ført, fordi det ville føre til en fortsatt krenkelse av den krenkelse det i utgangspunktet var å innhente beviset. Det ble anført at bevisføringen ville føre til at han ble fullstendig blottstilt i offentligheten, og tungtveiende personvern hensyn tilsa at materialet måtte forbli privat.

Høyesterett nøyde seg med å oppheve lagmannsrettens dom, hvor beviset var blitt tillatt ført, idet lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til hvorvidt beviset i utgangspunktet var ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Dette ble ansett som en uriktig tolkning av de ulovfestede reglene om bevisavskjæring.¹⁴⁴ Som det vil ha fremgått ovenfor i punkt 6.1. til 6.4.1., må en nemlig først vurdere bevisprovokasjonens lovlighet/ulovlighet, for dernest å ta stilling til om beviset skal tillates ført eller avskjæres. I denne sammenheng var imidlertid poenget hovedsakelig å få

¹⁴³ Strandbakken, 2003, side 203 jf. Rt. 1999 side 1269, side 1272.

¹⁴⁴ Rt. 2003 side 1266, avsnitt 21.

frem at dersom bevisprovokasjonen i sin tid innebar krenkelse av alvorlige personvernshensyn, vil fremlegging av beviset i retten kunne innebære en fortsatt krenkelse og således i mange tilfeller måtte avskjæres.

I Rt. 1991 side 616 fremhevet Høyesterett at den hemmelige overvåkingen av ansatte representerte ”et vidtgående integritetsinngrep i forhold til de ansatte”, og at de relevante bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som var overtrådt ved overvåkingen, på forskjellig måte tok sikte på å verne arbeidstakerens personlige integritet.¹⁴⁵ Etter Høyesteretts syn var det klart at måten overvåkingen hadde blitt foretatt på, innebar et slikt inngrep i den personlige integritet at det ut fra alminnelige personvernshensyn, i betydningen ”fortsatt krenkelse” måtte anses uakseptabelt å tillate overvåkingen ført som bevis.

6.4.3 Interesseavveining

Dersom det å føre beviset ikke vil innebære en fortsatt krenkelse, vil spørsmålet om et ulovlig eller utilbørlig/illojalt fremprovosert bevis skal tillates ført, bero på en interesseavveining.¹⁴⁶ Hensynet til den materielle sannhet taler for å få saken mest mulig opplyst, og tilsier at utgangspunktet må være fri bevisførsel. På motsatt side står grunnleggende prinsipper som vernet mot selvinkriminering, forholdsmessighet og personvernshensyn. Det må således foretas en interesseavveining av hvilke hensyn som veier tyngst ved spørsmålet om det fremprovoserte bevis kan føres. Ved denne avveiningen må det blant annet ses hen til grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, hvilken interesse som ble krenket,¹⁴⁷ hvor alvorlig saken er, og bevisverdien av beviset.¹⁴⁸

Fastleggelsen av *bevisverdien* innebærer en vurdering av om det fremprovoserte beviset vil ha avgjørende betydning for sakens utfall. Det som her må vurderes, er hvor viktig beviset er i forhold til de øvrige bevis i saken, og i hvilken grad vil det ulovlige eller illojalt/utilbørlig ervervede beviset påvirke resultatet? Det kan i utgangspunktet anføres at hensynet til sakens

¹⁴⁵ Rt. 1991 side 616, side 623, jf. 620.

¹⁴⁶ Rt. 1999 side 1269, side 1272.

¹⁴⁷ Strandbakken, 2003, side 185, sml. Rt. 1992 side 698, side 706.

¹⁴⁸ Rt. 1999 side 1269.

opplysning tilsier at det fremprovoserte beviset må tillates ført i saker hvor beviset har avgjørende betydning. Rettspraksis viser imidlertid at man har vært mer tilbøyelig til å akseptere ulovlig eller utilbørlig/illojalt ervervet bevis dersom beviset er mindre viktig, enn dersom beviset har stor vekt. Jo mindre avgjørende for sakens utfall, jo lettere for retten er det å akseptere det ulovlig eller illojalt/utilbørlig ervervede beviset. Dette skyldes at det vil kunne oppfattes som støtende dersom det åpnes for at et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis skal avgjøre saken.

I Rt. 1948 side 46 tok Høyesterett sterk avstand fra måten beviset (tilståelsen) var ervervet på, men fordi det også forelå andre bevis mot de siktede, mente Høyesterett at det her var tale om bevis som ikke hadde påvirket resultatet på en slik avgjørende måte at det fremprovoserte beviset måtte avskjæres.¹⁴⁹ Etter mitt syn burde imidlertid ulovlig ervervede bevis avskjæres også i tilfeller hvor det foreligger andre fellende bevis. Dette særlig av hensyn til allmennhetens tiltro til politi og domstoler. Å nekte et ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis ført også i situasjoner hvor beviset er av mindre betydning for sakens utfall, vil ha en preventiv effekt på politiets bruk av bevisprovokasjon, idet det vil gi et klarere inntrykk av at domstolene ikke aksepterer lovbrudd og utilbørligheter i jakten på den materielle sannhet.¹⁵⁰

Momentet som knytter seg til *sakens alvorlighet* innebærer at det kreves mer tungtveiende hensyn for å avskjære bevis i alvorlige saker enn i mindre alvorlige saker, jf. Rt. 1999 side 1269.¹⁵¹ Her fremhevet Høyesterett at det ved interesseavveiningen må tas hensyn til hvor alvorlig eller viktig saken er. Avgjørelsen i Rt. 1991 side 616 gjaldt et underslag i strid med strl. § 255, av ca. 70.000 kr. Denne saken ble ansett for lite alvorlig til at hensynet til sakens opplysning kunne oppveie personverninteressen som tilsa avskjæring av beviset. I saker som anses mer alvorlige, for eksempel ved mistanke om seksuelle overgrep mot mindreårige, vil derimot hensynet til sakens opplysning kunne tilsi at beviset kan tillates ført.¹⁵²

¹⁴⁹ Hov, 1999, side 231, jf. Rt. 1948 side 46.

¹⁵⁰ Kostveit, 1995, side 61.

¹⁵¹ Rt. 1999 side 1269, side 1272.

¹⁵² Strandbakken, 2003, side 186.

En ytterligere faktor i interesseavveiningen vil være selve *sakens betydning*. Hvor viktig saken er, kan få betydning for hvor stor vekt retten må legge på hensynet til sakens opplysning. I saker hvor man anser som særlig viktige vil det være av stor betydning at retten kommer til et materielt sett riktig resultat. Det kan selvsagt være vanskelig å sondre mellom hva som er viktige og hva som er mindre viktige saker. Generelt kan man likevel si at hensynet til å få saken godt opplyst er mest sentralt i de saker der avgjørelsen har stor betydning for enkeltindividet, og i slike saker bør det derfor foreligge særlig gode grunner for å nekte et relevant bevis ført. I Rt. 2003 side 1814 stoppet politiet en bilist mistenkt for promillekjøring. De startet en samtale med vedkommende, men uten å opplyse om hans rett til å forholde seg taus. Høyesterett kom til at samtalen ikke oppfylte kravene til et avhør, og beviset var således ulovlig ervervet. Det ble imidlertid etter en interesseavveining lagt til grunn at hensynet til den materielle sannhet og den frie bevisførsel i dette tilfellet oppveide krenkelsen av selvinkrimineringsprinsippet.

6.4.4 Forholdet til EMK

I de senere årene har EMD ved flere anledninger vurdert saker som har omhandlet bevis ervervet på en ulovlig måte. Domstolen har fremhevet at vurderingen av om kravet til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 er oppfylt, beror på en vurdering av om hele saken under ett kan anses som rettferdig.¹⁵³ Ved vurderingen av om beviset skal tillates ført, kan det derfor ikke bare legges vekt på om beviset isolert sett er ervervet på en ulovlig måte. Det må foretas en helhetsvurdering. For det første må det spørres om beviset fremstår som pålitelig. For det andre må det ses hen til om siktede har hatt muligheten til å bestride dets ekthet. For det tredje må det ses hen til om den nasjonale retten overhodet har hatt adgang til å avskjære beviset dersom bruk av det har kunnet føre til et usikkert resultat, idet ikke alle land har regler om bevisavskjæring. Endelig – og av særlig stor betydning – vil det være av relevant om det foreligger andre bevis.

I *Kahn*-saken var det spørsmål om et bevis som var ervervet i strid med EMK artikkel 8 (med andre ord et ulovlig ervervet bevis), førte til et brudd på prinsippet om rettferdig rettergang

¹⁵³ Jebens, 2004, side 425.

dersom det ble lagt frem. EMK artikkel 8 nr. 1 beskytter retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. De fleste ekstraordinære etterforskningsmetoder vil – i varierende grad – gripe inn i individets rettigheter i henhold til denne bestemmelsen. Det er særlig retten til respekt for privatliv som er relevant i forhold til utradisjonelle etterforskningsmetoder, men også retten til respekt for korrespondanse vil her kunne gjøre seg gjeldende. Det ble i denne avgjørelsen uttalt at siktede hadde hatt ”*ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recording*” og at de nasjonale domstolene, dersom de hadde ment at ”*admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness [...] would have had a discretion to exclude it*”.¹⁵⁴

Dersom beviset består av forklaringer gitt av mistenkte, kan det under EMK artikkel 6 – tilsvarende som i norsk intern rett – bli spørsmål om det å føre beviset i en straffesak mot vedkommende, vil føre til en krenkelse av vernet mot ufrivillig selvinkriminering.¹⁵⁵ Dette var tilfellet i *Schenk*-saken.¹⁵⁶ Klageren var her dømt for forsøk på medvirkning til drap. Vedkommende hadde engasjert en tredjeperson til å utføre drapet og under en telefonsamtale mellom de to, tok denne tredjemannen opp samtalen og leverte opptaket til politiet. Dette ble et sentralt bevis i straffesaken mot klageren. EMD la vekt på kontradiksjonsprinsippet og at klageren hadde hatt mulighet til å avhøre både ”vitnet”(tredjepersonen), politiet, samt å bestride ekteheten av opptaket. EMD fant derfor ikke brudd på selvinkrimineringsprinsippet ved å tillate beviset ført.

6.5 Oppsummering

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor, må en i forbindelse med bevisprovokasjon ta stilling til to hovedspørsmål. For det første må det vurderes om den anvendte bevisprovokasjonen var lovlig eller ulovlig, eventuelt illojal/utilbørlig. Dette har avgjørende betydning for den andre vurderingen; skal det fremprovoserte beviset tillates ført for retten eller ikke. Jo lenger vekk man kommer fra den klart lovlige bevisprovokasjon, dess mer tilsier

¹⁵⁴ *Kahn mot Storbritannia*; EMDs dom av 12. mai 2000, avsnitt 38 og 39.

¹⁵⁵ Dersom beviset består av vitneforklaringer har EMD tidligere lagt vekt på om siktede har kunnet utøve kontradiktoriske rettigheter i forhold til beviset.

¹⁵⁶ *Schenk mot Sveits*, A 140 1988.

dette at man nekter det aktuelle beviset ført. Det må ved denne vurderingen tas stilling til om det å føre beviset vil innebære en fortsettelse av den krenkelse bevisprovokasjonen i sin tid utgjorde overfor tiltalte. Typisk vil dette gjelde krenkelser av grunnleggende personvern og vern mot selvinkriminering. Dersom å føre beviset ikke innebærer fortsatt krenkelse, må det likevel foretas en interesseavveining. Også her vil vernet mot ufrivillig selvinkriminering og hensynet til personvernet gjøre seg gjeldende. I tillegg vil det ha betydning blant annet hvor stor bevismessig verdi det fremprovoserte bevis har, og hvor alvorlig saken er.

7 Avsluttende bemerkninger

Denne fremstillingen vil forhåpentlig ha etterlatt leseren med et nyansert syn på politiets bruk av handlings- og bevisprovokasjon. Tungtveiende hensyn taler for bruk av handlings- og bevisprovokasjon i forbindelse med etterforskning av visse typer kriminalitet. Det er særlig ved etterforskning av organiserte kriminelle miljøer, herunder ved bekjempelse av narkotikakriminalitet, at metodene har vist seg anvendelige. Sterke hensyn taler imidlertid mot bruk av provokasjon. I skjæringspunktet mellom disse kryssende hensyn, har rettspraksis utviklet vilkår for lovlig bruk av handlings- og bevisprovokasjon, og dessuten påpekt konsekvensene av ulovlig bruk.

Det kan spørres om de ulovfestede metodene og vilkår som er redegjort for i denne fremstillingen bør reguleres eller kodifiseres ved formell lovgivning. I NOU 2004: 6 innstiller utvalget på lovregulering av utradisjonelle etterforskningsmetoder, inkludert provokasjon.¹⁵⁷ Lovforslaget bærer preg av å bygge på gjeldende rett slik dette har fremkommet gjennom Høyesteretts praksis. Forslaget er interessant av to grunner. For det første har det betydning at dette er første gang et lovutvalg har innstilt på lovregulering. Ved to tidligere anledninger har dette vært vurdert uten å gi noe resultat.¹⁵⁸ For det andre innebærer lovforslaget for alle praktiske formål en kodifisering av gjeldende rett. Dette har også vært et viktig siktemål for lovutvalget i prosessen med å utforme lovforslaget.¹⁵⁹ Hensynene bak, de ulovfestede kriteriene for, og konsekvensene av handlings- og bevisprovokasjon, vil således fortsatt være relevante ved vurderingen av gjeldende rett etter eventuell lovregulering.

¹⁵⁷ NOU 2004: 6 side 24.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 35 (1978-79) og Ot.prp. nr 64 (1998-99).

¹⁵⁹ NOU 2004: 6 side 199.

Lovreguleringen vil imidlertid kunne bidra til klarere retningslinjer for politi og påtalemyndighet, noe som igjen vil kunne gi seg utslag i større fokus på hensynet til mistenktes rettsikkerhet. Som utvalget selv påpeker:

*”Med unntak av detaljer som av polititaktiske grunner må holdes hemmelige, er det betenkelig at de sentrale vilkår for å benytte en metode som innebærer at politiet i prinsippet utfører en straffbar medvirkning, er ulovfestet”.*¹⁶⁰

Lovligheten av så prinsipielt betenkelige metoder som handlings- og bevisprovokasjon, burde etter utvalgets syn ikke baseres på at politiet i kraft av strafferettens rettsstridsreservasjon kan begå straffbare handlinger. Dette tilsier at metodene bør være hjemlet i formell lov. Videre fremhever utvalget at dersom provokasjon vil medføre et inngrep i privat- eller familielivet etter EMK artikkel 8(1), krever bestemmelsens annet ledd at metoden har hjemmel i lov. I så fall oppstår spørsmålet om den ulovfestede forankring gjeldende rett har i rettspraksis, tilfredsstiller lovskravet i EMK. Og selv om metoden har et tilstrekkelig rettslig fundament, kan det være at enkelte av vilkårene ikke fremstår med den nødvendige klarhet.¹⁶¹

Jeg er enig med utvalget i at gode grunner taler for å lovfeste provokasjonsreglene. Det må imidlertid utvises forsiktighet med å detaljregulere forholdet. Dersom lovreguleringen for eksempel oppstiller for strenge krav med hensyn til mistanke om straffbare forhold før provokasjon kan gjennomføres, vil bruken av provokasjon som etterforskningsmetode bli lite anvendelig. Når mistanken først er sterk, vil nemlig politiet normalt være kommet så langt i etterforskningen at det vil være liten grunn til å bruke metoden. Hvorvidt den endelige lovreguleringen tar tilstrekkelig hensyn til denne innvendingen, gjenstår å se.

¹⁶⁰ NOU 2004: 6 side 198.

¹⁶¹ Ibid., side 199.

8 Litteraturliste

Artikler, bøker m.v.

- Andenæs, Johs *Alminnelig strafferett*. 5. utg. red. Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 3. utg. Oslo, 2000
- Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8. utg. Oslo, 1998
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1997
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess* bind I. 3. utg. Oslo, 1996
- Andersen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning I*: JV 2001, side 1-27
- Auglend, Ragnar L. *Politirett*. 2 utg. Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug. Oslo, 2004
- Bjerke, Erik. *Straffeprosessloven med kommentarer* bd I og bd II. Keiserud, Erik. 3. utg. Oslo, 2001
- Dorenfeldt, L.J: *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* I: LoR 1978, side 291-303
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. red. Jan E. Helgesen. Oslo, 2001
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. Oslo, 2000
- Gammeltoft-Hansen, Hans. *Agent Controlleur*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1984, side 89-131
- Hov, Jo; *Rettergang I Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999
- Hov, Jo *Rettergang II Straffeprosess*. Oslo, 1999
- Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode I*: JV 2003 hefte 2, side 62-130 (alle sidereferanser til Idunn online, side 18-86)
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004
- Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumpsjonen. In dubio pro reo*. Oslo, 2003
- Torgersen, Runar. *Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?* Festskrift til Carl August Fleischer. Oslo, 2006

Forarbeider

NOU 2004: 6 *Mellom effektivitet og personvern*

NOU 2003: 21 *Kriminalitetsbekjempelse og personvern. Politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger*

NOU 1997: 15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*

NOU 1997: 19 *Et bedre personvern*

Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) *Straffeprosessloven og straffeloven mv.(etterforskning mv.)*

Ot.prp. nr. 35 (1978-79) *Rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)*

Domsregister

Høyesterett

Rt. 1948 side 46

Rt 1984 side 1076

Rt. 1986 side 779

Rt. 1990 side 531

Rt. 1991 side 616

Rt 1992 side 1088

Rt 1993 side 473

Rt 1994 side 319

Rt. 1996 side 1114

Rt. 1997 side 795

Rt 1998 side 407 Skriksaken

Rt 1999 side 1269 Fengselsbetjentdommen

Rt 2000 side 1223 Lokkeduesaken

Rt 2000 side 1345

Rt 2000 side 1482

Rt. 2003 side 1266

Rt. 2005 side 934

Rt. 2006 side 120

Lagmannsretten

LB 2005-115954 [Lovdata online] Borgarting Lagmannsrett Dom. 2006-08-24

Den Europeiske Menneskerettsdomstol

Schenk mot Sveits, dom av 12.juli 1988, A 140 1988

Funke mot Frankrike, dom av 25.februar 1993, A 256-A 1993

K. mot Østerrike, A 225-B 1993 (Saken ble innbrakt for EMD, men forlikt)

Saunders mot Storbritannia, dom av 17.desember 1996, RJD 1996 side 2044

Teixeira de Castro mot Portugal, dom av 9.juni 1998, 25829/94

Kahn mot Storbritannia, dom av 12. mai 2000, 35294/97

Lovregister

Grunnloven (grl.) Kongeriget Norges Grundlov av 17.mai 1814

Straffeloven (strl.) Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Straffeprosessloven (strprl.) Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

Politoloven (politil.) Lov om politiet av 4. august 1995 nr. 53 C

Personregisterloven, Lov av 1978 nr. 48 (opphevet)

Personopplysningsloven, Lov om behandling av personopplysninger av 14.april 2000 nr. 31

Arbeidsmiljøloven (aml.) Lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. av 4.februar 1977 nr. 4

Menneskerettsloven (ml.) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr. 30

Konvensjoner

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms at Rome, on November 4, 1950

Norsk tittel: Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) av 4.november 1950

International Covenant on Civil and Political rights on Desember 16, 1966

Norsk tittel: Den Internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16.desember 1966

Annet

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000. Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode. Oslo, 2000

Sahl, Marianne Lind. *Provokasjon som etterforskningsmetode*. 10 vekttalls spesialoppgave, Oslo, 2004

